

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب القضاء

١١/ظ

الأصل في القضاء ومَشْرُوعِيَّةُ الكتاب والسُّنَّة والإجماع . أمَّا الكتابُ فقَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (١) . وقَوْلُ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (٢) . وقَوْلُهُ : ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ﴾ (٣) . وقَوْلُهُ تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (٤) . وأمَّا السُّنَّةُ ، فَمَارَوْى عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا آجَتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا آجَتَهَدَ فَأَخْطَأَ (٥) فَلَهُ أَجْرٌ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) . فِي آيٍ وَأَخْبَارٍ سِوَى ذَلِكَ كَثِيرَةٍ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ نَصَبِ الْقَضَاءِ ، وَالْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ .

فصل : والقضاء من فروض الكفايات ؛ لأنَّ أمرَ النَّاسِ لَا يَسْتَقِيمُ بِدُونِهِ ، فَكَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِمْ ، كَالْجِهَادِ وَالْإِمَامَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ حَاكِمٍ ، أَتَذْهَبُ حُقُوقُ

(١) سورة ص ٢٦ .

(٢) سورة المائدة ٤٦ .

(٣) سورة النور ٤٨ .

(٤) سورة النساء ٦٥ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَأَخْطَأَ » .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ أَجْرِ الْحَاكِمِ إِذَا اجْتَهَدَ فَأَصَابَ أَوْ أَخْطَأَ ، مِنْ كِتَابِ الْاِعْتَصَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ

١٣٣/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ أَجْرِ الْحَاكِمِ إِذَا اجْتَهَدَ فَأَصَابَ أَوْ أَخْطَأَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ

١٣٤٢/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْقَاضِي يَخْطِئُ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٨/٢ . وَابْنُ مَاجَةٍ ،

فِي : بَابِ الْحَاكِمِ يَجْتَهِدُ فَيَصِيبُ الْحَقَّ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٧٧٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ

١٨٧/٢ ، ١٩٨/٤ ، ٢٠٤ .

النَّاسِ ! وفيه فضلٌ عظيمٌ لِمَنْ قَوِيَ عَلَى الْقِيَامِ بِهِ ، وأداءِ الْحَقِّ فِيهِ ، ولذلك جعلَ اللهُ فِيهِ أَجْرًا معَ الْخَطَا ، وأسْقَطَ عَنْهُ حُكْمَ الْخَطَا ، ولأنَّ فِيهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ ، ونُصْرَةً الْمَظْلُومِ^(٧) ، وأداءَ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ ، وَرَدًّا لِلظَّالِمِ عَنْ ظُلْمِهِ ، وإِصْلَاحًا بَيْنَ النَّاسِ ، وتَخْلِيصًا لِبَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ ، وذلكَ مِنْ أَبْوَابِ الْقُرْبِ ؛ ولذلك تَوَلَّاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، والأنبياءُ قَبْلَهُ ، فكانُوا يَحْكُمُونَ لِأَمَمِهِمْ ، وَبَعَثَ عَلَيَّ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًّا^(٨) ، وَبَعَثَ أَيْضًا مُعَاذًا قَاضِيًّا^(٩) .

وقد رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَأَنْ أَجْلِسَ قَاضِيًّا بَيْنَ اثْنَيْنِ ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً^(١٠) . وعن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ، / قَالَ : جَاءَ خَصْمَانِ يَخْتَصِمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي^(١١) : « أَقْضِ بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ . قَالَ : « وَإِنْ كَانَ » . قُلْتُ : عَلَامَ أَقْضِي ؟ قَالَ : « أَقْضِ ، فَإِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشْرَةُ أَجُورٍ ، وَإِنْ أَخْطَأْتَ فَلَكَ أَجْرٌ وَاحِدٌ » . رواه سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٢) .

فصل : وفيه حَظَرٌ عَظِيمٌ وَوِزْرٌ كَبِيرٌ لِمَنْ لَمْ يُؤَدِّ الْحَقَّ فِيهِ ، ولذلك كَانَ السَّلَفُ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ^(١٣) ، يَمْتَنِعُونَ مِنْهُ أَشَدَّ الِامْتِنَاعِ ، وَيَحْشَوْنَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ خَطَرَهُ . قَالَ خَاقَانُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : أُرِيدُ أَبُو قَلَابَةَ عَلَى قَضَاءِ الْبَصْرَةِ ، فَهَرَبَ إِلَى الْيَمَامَةِ ، فَأُرِيدُ عَلَى

(٧) فِي ب : « الْمَظْلُوم » .

(٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ كَيْفِ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنْ أُمِّي دَاوُدَ ٢٧٠/٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٧٧٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨٣/١ ، ٨٨ ، ١٣٦ ، ١٤٩ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٦/١٠ ، ٨٧ .

(٩) تَقْدِمَ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(١٠) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَنْ ابْتَلَى بِشَيْءٍ مِنَ الْأَعْمَالِ ... ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨٩/١٠ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٢) وَعَزَاهُ صَاحِبُ الْكَتَنِ إِلَى ابْنِ عَسَاكِرَ : كَنْزُ الْعَمَالِ ٨٠٢/٥ .

(١٣-١٣) فِي ب ، م : « رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِم » .

قضاؤها ، ^(١٤) فَهَرَبَ إِلَى الشَّامِ ، فَأَرَادَ عَلَى قَضَائِهَا ^(١٥) ، وَقِيلَ : لَيْسَ هُنَا غَيْرُكَ . قَالَ : فَأَنْزِلُوا الْأَمْرَ عَلَى مَا قُلْتُمْ ، فَإِنَّمَا مَثَلِي مَثَلُ سَابِجٍ وَقَعَ فِي الْبَحْرِ ، فَسَبَحَ يَوْمَهُ ، فَانْطَلَقَ ، ثُمَّ سَبَحَ الْيَوْمَ الثَّانِي ، فَمَضَى أَيْضًا ، فَلَمَّا كَانَ الْيَوْمَ الثَّالِثُ فَتَرَتْ يَدَاهُ ^(١٥) . وَكَانَ يُقَالُ : أَعْلَمُ النَّاسِ بِالْقَضَاءِ أَشَدُّهُمْ لَهُ كَرَاهَةً . وَلِعَظِمَ خَطَرُهُ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : ^(١٦) هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقِيلَ فِي هَذَا الْحَدِيثِ : إِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مَخْرَجَ الدِّمِّ لِلْقَضَاءِ ، وَإِنَّمَا وَصَفَهُ بِالْمَشَقَّةِ ؛ فَكَأَنَّ مَنْ وَلِيَهُ قَدْ حُمِلَ عَلَى مَشَقَّةٍ ، كَمَشَقَّةِ الذَّبْحِ .

فصل : والنَّاسُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ، وَهُوَ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، وَلَمْ تَجْتَمِعْ فِيهِ شُرُوطُهُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ » ذَكَرَ مِنْهُمْ رَجُلًا قَضَى بَيْنَ النَّاسِ بِجَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ^(١٧) . وَلَأنَّ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَدْلِ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ الْحَقُّ مِنْ مُسْتَحَقِّهِ وَيَدْفَعُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَمِنْهُمْ ، مَنْ يَجُوزُ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، وَيُوجَدُ غَيْرُهُ مِثْلُهُ ، فَلَهُ أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ بِحُكْمِ حَالِهِ وَصَلَاحِيَّتِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ ^(١٨) يَتَّعَيْنْ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الدُّخُولُ فِيهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَطَرِ وَالْعَرَرِ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنَ السَّلَامَةِ ، وَلِمَا وَرَدَ فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ وَالذَّمِّ ، وَلَأنَّ طَرِيقَةَ السَّلَفِ الْامْتِنَاعُ مِنْهُ وَالتَّوَقُّي ، وَقَدْ

(١٤-١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) ذكره ابن أبي شيبة ، في : باب في القضاء وما جاء فيه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٨/٧ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٧/١٠ . ووكيع ، في أخبار القضاة ٢٣/١ . (١٦) في : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦٦/٦ ، ٦٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في طلب القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٩١/٤ . والبيهقي ، في : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٩٦/١٠ .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في القاضي بخطى ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، في : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ .

(١٨) في الأصل : « لا » .

أَرَادَ عِثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَوَلِيَةَ ابْنِ عَمَرَ الْقَضَاءَ فَأَبَاهُ^(١٩) . وَقَالَ أَبُو عِيدٍ اللَّهِ / ابْنُ حَامِدٍ :
 إِنْ كَانَ رَجُلًا خَامِلًا ، لَا يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَلَا يُعْرَفُ ، فَلَا أَوْلَى لَهُ تَوَلِيهِ ، لِيُرْجَعَ
 إِلَيْهِ فِي الْأَحْكَامِ ، وَيَقُومَ بِهِ الْحَقُّ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا فِي النَّاسِ
 بِالْعِلْمِ ، يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي تَعْلِيمِ الْعِلْمِ وَالْفَتَوَى ، فَلَا أَوْلَى الْأَشْتِغَالُ بِذَلِكَ ، لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ
 مَعَ الْأَمْنِ مِنَ الْغَرَرِ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالُوا أَيْضًا : إِذَا كَانَ ذَا حَاجَةٍ ،
 وَلَهُ فِي الْقَضَاءِ رِزْقٌ ، فَلَا أَوْلَى لَهُ الْأَشْتِغَالُ بِهِ ، فَيَكُونُ أَوْلَى مِنْ سَائِرِ الْمَكَاسِبِ ؛ لِأَنَّهُ
 قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ طَلَبُهُ ، وَالسَّعْيُ فِي تَحْصِيلِهِ ؛ لِأَنَّ
 أَنَسًا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ ابْتَغَى الْقَضَاءَ ، وَسَأَلَ فِيهِ شَفْعَاءَ ، وَكَلَّ
 إِلَى نَفْسِهِ ، وَمَنْ أَكْرَهَ عَلَيْهِ ، أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٢٠) : هَذَا
 حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَبِيدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ : « يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، لَا
 تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ ؛ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلْتَ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ^(٢١) غَيْرِ
 مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٢) . الثَّالِثُ : مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَنْ يَصْلُحُ

(١٩) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَاضِي ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
 ٦٣/٦ ، ٦٤ . وَابْنُ حِبَّانَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الزَّجَرِ عَنْ دُخُولِ الْمَرْءِ فِي قَضَاءِ الْمُسْلِمِينَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ .
 انْظُرْ : الْإِحْسَانَ بِتَرْتِيبِ صَحِيحِ ابْنِ حِبَّانَ ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ . وَذَكَرَهُ وَكِيعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٧/١ ، ١٨ .
 (٢٠) فِي : بَابِ مَا جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَاضِي ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦٥/٦ ، ٦٦ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي طَلَبِ الْقَضَاءِ وَالتَّسَرُّعِ إِلَيْهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٩/٢ . وَابْنُ
 مَاجَةَ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٧٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ
 ١١٨/٣ ، ٢٢٠ .

(٢١) فِي م : « مِنْ » .

(٢٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : أَوَّلِ كِتَابِ الْإِيمَانِ وَالنَّذْرِ ، وَفِي : بَابِ الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الْحَنْثِ وَبَعْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ
 الْكَفَّارَاتِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ لَمْ يَسْأَلِ الْإِمَارَةَ أَعَانَهُ اللَّهُ ، وَبَابِ مَنْ سَأَلَ الْإِمَارَةَ وَكَلَّ إِلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ
 الْبُخَارِيِّ ١٥٩/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ طَلَبِ الْإِمَارَةِ وَالْحَرَصِ عَلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ .
 صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٥٦/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي طَلَبِ الْإِمَارَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١١٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ،
 فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، مِنْ أَبْوَابِ النَّذْرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠/٧ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ مَسْأَلَةِ الْإِمَارَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمُجْتَبَى ١٩٨/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ حَلَفَ
 عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، مِنْ كِتَابِ النَّذْرِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٨٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦٢/٥ ، ٦٣ .

للقضاء ، ولا يُوجدُ سِواه ، فهذا يتعيَّن عليه ^(٢٣) ؛ لأنَّه فرضُ كفاية ، لا يقدرُ على القيام به غيره فيتعيَّن عليه ، كغسلِ الميتِ وتكفينه . وقد نُقلَ عن أحمدَ ما يدلُّ على أنَّه لا يتعيَّن عليه ، فإنَّه سئلَ : هل يَأْتُمُّ القاضى إذا لم يُوجدْ غيره ؟ قال : لا يَأْتُمُّ . فهذا يَحْتَمِلُ أنَّه يُحْمَلُ على ظاهره ، فى أنَّه لا يجبُ عليه ، لِمَا فيه من الخطرِ بنفسه ، فلا يلزمُه الإضرارُ بنفسه لِنَفْعِ غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابَةَ منه ، وقد قيلَ له : ليس غيرُك . ويَحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ على مَنْ لم يُمْكِنه القيامُ بالواجبِ ، لظلمِ السُّلطانِ أو غيره ؛ فإنَّ أحمدَ قال : لا بُدَّ للنَّاسِ من حاكمٍ ، أتذهبُ حقوقُ النَّاسِ !

فصل : ويجوزُ للقاضى أخذُ الرِّزْقِ ، ورخصَ فيه شريح ، وابنُ سيرين ، والشَّافعى ، وأكثرُ أهلِ العلم . ورَوَى عن عمرَ ، رضى الله عنه ، أنَّه استعملَ زيدَ بنَ ثابتٍ على القضاءِ ، وفرضَ له رِزْقاً ^(٢٤) . ورزقَ شريحاً فى كلِّ شهرٍ مائةَ درهمٍ ^(٢٥) . وبعثَ إلى / الكوفةِ عماراً وعثمانَ بنَ حنيفٍ وابنَ مسعودٍ ، ورزقَهم كلَّ يومٍ شاةً ؛ نصفها لعمارٍ ونصفها لابنِ مسعودٍ وعثمانَ ، وكان ابنُ مسعودٍ قاضِيَهُمْ ومُعَلِّمَهُمْ ^(٢٦) . وكتبَ إلى معاذِ ابنِ جبلٍ ، وأبى عبيدةَ ، حينَ بعثَهُما إلى الشامِ ، أنْ انظرا رجلاً من صالحى مَنْ قبلكُم ، فاستعملوهُم على القضاءِ ، وأوسعوا عليهم ، وارزقوهُم ، واكفُوهُم من مالِ الله ^(٢٧) . وقال أبو الخطابِ : يجوزُ له أخذُ الرِّزْقِ مع الحاجةِ ، فأما مع عَدَمِها فعلى وجهين . وقال أحمدُ : لا ^(٢٨) يُعجبُنِي أنْ يأخذَ على القضاءِ أجراً ، وإنَّ كانَ فبقدرِ شُغْلِهِ ، مثلَ وإلى اليَتيمِ . وكان ابنُ مسعودٍ والحسنُ يكرهانِ الأجرَ على القضاءِ ^(٢٩) . وكان مسروقٌ ،

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) أخرجه ابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٣٥٩/٢ .

(٢٥) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من أبواب القضاء . المصنف ٢٩٧/٨ .

(٢٦) أخرجه ابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٢٥٥/٣ .

(٢٧) انظر : إرواء الغليل ٢٣٤/٨ .

(٢٨) فى ب ، م : « ما » .

(٢٩) أخرج خبر الحسن ، ابن أبى شيبة فى : باب فى القاضى يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

٥٠٥/٦ .

وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن^(٣٠) ، لا يأخذان عليه أجراً ، وقالوا : لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن متعيناً جاز له^(٣١) أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة . والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ؛ لأن أبا بكر ، رضي الله عنه ، لما ولي الخلافة ، فرضوا له رزقاً^(٣٢) كل يوم درهمين^(٣٣) . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق^(٣٤) لمن تولى من القضاة ، ولأن الناس حاجة إليه ، ولو لم يجز فرض الرزق لتعطلت ، وضاعت الحقوق . فأما الاستئجار عليه ، فلا يجوز . قال عمر ، رضي الله عنه : لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً^(٣٥) . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ، فأشبه الصلاة ؛ ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره ، وإنما يقنع عن نفسه ، فأشبه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق ، فقال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعل لي رزقاً عليه . جاز . ويحتمل أن لا يجوز .

فصل : وإذا كان الإمام في بلد ، فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده ؛ فإن النبي ﷺ بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذاً بن جبل إلى اليمن أيضاً . وقال / له : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتاب الله تعالى . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : فبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ » قال : أَجْتَهُدُ رَأْيِي . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ

٣/١١ ظ

(٣٠) عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن البكري ، من أولاد أبي بكر الصديق ، إمام ثبت فقيه ، من صغار التابعين ، توفي بحوران ، في سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، ٦ .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في م : « الرزق » .

(٣٣) انظر : ما أخرجه البخاري ، في : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٧٤/٣ . والبيهقي ، في : باب ما يكره للقاضي من البيع والشراء ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٧/١٠ . وابن سعد ، في الطبقات الكبرى ١٨٥/٣ .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٢٩٧/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

(٣٦) في الأصل ، ١ ، م : « في » .

رَسُولٌ^(٣٧) رَسُولُ اللَّهِ لِمَا يُرْضَى رَسُولُ اللَّهِ » . وَبَعَثَ عُمَرُ شُرَيْحًا عَلَى قَضَاءِ الْكُوفَةِ ، وَكَعْبَ بْنَ سُوْرٍ^(٣٨) عَلَى قَضَاءِ الْبَصْرَةِ^(٣٩) . وَكَتَبَ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ وَمُعَاذٍ بِأَمْرِهِمَا بِتَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ فِي الشَّامِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ كُلِّ بَلَدٍ يَحْتَاجُونَ إِلَى الْقَاضِي ، وَلَا يُمَكِّنُهُمُ الْمَصِيرُ إِلَى بَلَدِ الْإِمَامِ ، وَمَنْ أَمَكَّنَهُ ذَلِكَ شَقَّ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ إِغْنَاؤُهُمْ عَنْهُ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الْإِمَامُ تَوَلِيَةَ قَاضٍ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ خِبْرَةٌ بِالنَّاسِ ، وَيَعْرِفُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ، وَلَا ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ ذَلِكَ ، سَأَلَ أَهْلَ الْمَعْرِفَةِ بِالنَّاسِ ، وَاسْتَرْشَدَهُمْ عَلَى^(٤٠) مَنْ يَصْلُحُ . وَإِنْ ذُكِرَ لَهُ رَجُلٌ لَا يَعْرِفُهُ ، أَحْضَرَهُ وَسَأَلَهُ ، وَإِنْ عَرَفَ عَدَالَتَهُ ، وَإِلَّا بَحَثَ عَنْ عَدَالَتِهِ ، فَإِذَا عَرَفَهَا وَلَا ، وَيَكْتُبُ لَهُ عَهْدًا بِأَمْرِهِ فِيهِ بِتَقْوَى اللَّهِ ، وَالتَّثَبُّتِ فِي الْقَضَاءِ ، وَمُشَاوَرَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَتَصَفُّحِ أَحْوَالِ الشُّهُودِ ، وَتَأْمُلِ الشَّهَادَاتِ ، وَتَعَاهُدِ الْيَتَامَى ، وَحِفْظِ أَمْوَالِهِمْ وَأَمْوَالِ الْوُقُوفِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَى مُرَاعَاتِهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَلَدُ الَّذِي وَلَّاهُ قَضَاءَهُ بَعِيدًا ، لَا يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ الْخَبْرُ بِمَا يَكُونُ فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، أَحْضَرَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ وَقَرَأَ عَلَيْهِمَا الْعَهْدَ ، أَوْ قَرَأَهُ^(٤١) غَيْرُهُ بِحَضْرَتِهِ ، وَيُشْهَدُهُمَا^(٤٢) عَلَى تَوَلِيَتِهِ ؛ لِيَمْضِيَا مَعَهُ إِلَى بَلَدِ وَلَايَتِهِ ، فَيَقِيمَا لَهُ الشَّهَادَةَ ، وَيَقُولُ لهُمَا : اشْهَدَا عَلَيَّ أَنَّي قَدْ وَلَّيْتُهُ قَضَاءَ الْبَلَدِ الْفُلَانِيِّ ، وَتَقَدَّمْتُ إِلَيْهِ بِمَا اشْتَمَلَ هَذَا الْعَهْدُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْبَلَدُ قَرِيبًا مِنْ بَلَدِ الْإِمَامِ ، يَسْتَفِيزُ إِلَيْهِ مَا يَجْرِي فِي بَلَدِ الْإِمَامِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا خَمْسَةُ أَيَّامٍ أَوْ مَا دُونَهَا ، جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِالِاسْتِفَاضَةِ^(٤٣) دُونَ الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ تَثْبُتُ بِالِاسْتِفَاضَةِ^(٤٣) . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ فِي ثُبُوتِ الْوَلَايَةِ بِالِاسْتِفَاضَةِ فِي الْبَلَدِ

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) في م : « سوار » خطأ .

(٣٩) أخرجه البيهقي ، في : كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ٨٧/١٠ .

(٤٠) في ب : « عن » .

(٤١) في ب ، م : « أقرأه » .

(٤٢) في ب ، م : « وأشهدهما » .

(٤٣-٤٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

القريبَ وَجْهَيْنِ . وقال أصحابُ أبي حنيفةَ : تَثْبُتُ بالاستفاضةِ . ولم يفصلوا بينَ
 القريبِ والبعيدِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَلَّى عليًا ومُعَاذًا قَضَاءَ الْيَمَنِ وهو بعيدٌ ، من غيرِ
 إَشْهَادٍ^(٤٤) / ، وَلَّى الْوَلَاةَ فِي الْبِلَادِ^(٤٥) الْبَعِيدَةِ وَفَوَّضَ إِلَيْهِمُ الْوَلَايَةَ وَالْقَضَاءَ ، ولم
 يُشْهِدْ ، وكذلك خُلَفَاؤُهُ . ولم يُنْقَلْ عَنْهُمْ^(٤٦) الْإِشْهَادُ عَلَى تَوَلِّيَةِ الْقَضَاءِ ، مع بُعْدِ
 بُلْدَانِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَضَاءَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، وقد تَعَذَّرَتِ الْإِسْتِفاضةُ فِي الْبَلَدِ
 الْبَعِيدِ ؛ لِعَدَمِ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الْإِشْهَادُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يُشْهِدْ عَلَى
 تَوَلِّيَتِهِ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لم يَبْعَثْ وَالِيًّا إِلَّا وَمَعَهُ جَمَاعَةٌ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَشْهَدَهُمْ ، وَعَدَمُ نَقْلِهِ
 لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ فِعْلِهِ ، وقد قَامَ دَلِيلُهُ ، فَتَعَيَّنَ وُجُودُهُ .

١٨٦٤ - مسألة : قال أبو القاسمِ ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَلَا يُؤَلَّى قَاضٍ حَتَّى
 يَكُونَ بِالْعَا ، عَاقِلًا^(١) ، مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَدْلًا ، عَالِمًا ، فَقِيهًا ، وَرِعًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْكَمَالُ ، وهو نوعان ؛ كَمَالُ
 الْأَحْكَامِ ، وَكَمَالُ الْخَلْقَةِ ، أَمَّا كَمَالُ الْأَحْكَامِ فَيُعْتَبَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَنْ يَكُونَ بِالْعَا عَاقِلًا
 حُرًّا ذَكْرًا . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَّةً ،
 فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً فِي غَيْرِ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّهُ
 يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ شَاهِدَةً فِيهِ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ
 أَمْرًا »^(٣) . وَلِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَحْضُرُهُ مُحَافِلُ الْخُصُومِ وَالرَّجَالِ ، وَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كَمَالِ
 الرَّأْيِ وَتِمَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةُ الْعَقْلِ ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ ، لَيْسَتْ

(٤٤) فِي ب ، م : « شَهَادَةٌ » .

(٤٥) فِي ب ، م : « الْبِلْدَانِ » .

(٤٦) فِي م : « مِنْهُمْ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى كَسْرِي وَقِصْرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ حَدَّثَنَا عُمَانُ =

أَهْلًا لِلْحُضُورِ فِي مَحَافِلِ الرِّجَالِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلِهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، وَقَدْ نَبَّهَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالِلِهِنَّ وَنِسْيَانِهِنَّ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ ^(٤) . وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعُظْمَى ، وَلَا لِتَوَلِيَةِ الْبُلْدَانِ ؛ وَهَذَا لَمْ يُؤَلِّ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ ، امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وَلَايَةً بَلَدٍ ، فِيمَا بَلَّغْنَا ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَخُلْ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا . وَأَمَّا كَأُلِ الْخِلْقَةِ ، فَإِنْ يَكُونُ مُتَكَلِّمًا سَمِيعًا بَصِيرًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يُمَكِّنُهُ النَّطْقُ بِالْحُكْمِ ، وَلَا يَفْهَمُ جَمِيعُ النَّاسِ إِشَارَتَهُ ، وَالْأَصَمُّ لَا يَسْمَعُ قَوْلَ الْخَصْمَيْنِ ، وَالْأَعْمَى لَا يَعْرِفُ الْمُدَّعَى مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْمُقَرَّرَ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، وَالشَّاهِدَ مِنَ الْمَشْهُودِ لَهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعْمَى ؛ لِأَنَّ شُعْبِيًّا كَانَ أَعْمَى . وَلَهُمْ فِي الْأَخْرَسِ الَّذِي تُفْهَمُ إِشَارَتُهُ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْحَوَاسَّ تُؤَثِّرُ فِي الشَّهَادَةِ ، فَيَمْنَعُ فَقْدُهَا وَلَايَةَ الْقَضَاءِ كَالسَّمْعِ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ مَنْصِبَ الشَّهَادَةِ دُونَ مَنْصِبِ الْقَضَاءِ ، وَالشَّاهِدَ يَشْهَدُ فِي أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهَا ، وَرَبَّمَا أَحَاطَ بِحَقِيقَةِ عِلْمِهَا ، وَالْقَاضِيَ وَلَايَتُهُ عَامَّةٌ ، وَيَحْكُمُ فِي قَضَايَا النَّاسِ عَامَّةً ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الشَّهَادَةُ ، فَالْقَضَاءُ أَوْلَى ، وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ شُعْبِيٍّ ^(٥) عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَا تُسَلَّمُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ كَانَ أَعْمَى ، وَلَوْ ثَبَتَ فِيهِ ذَلِكَ ، فَلَا يَلْزَمُ هَهُنَا ، فَإِنَّ شُعْبِيًّا ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، كَانَ مَنْ آمَنَ مَعَهُ مِنَ النَّاسِ قَلِيلًا ، وَرَبَّمَا لَا يَحْتَاجُونَ إِلَى حَكْمٍ بَيْنَهُمْ لِقَلَّتْهُمْ وَتَنَاصَفَهُمْ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً فِي مَسْأَلَتِنَا . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْعَدَالَةُ ، فَلَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ فَاسِقٍ ، وَلَا مَنْ فِيهِ نَقْصٌ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ ، وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَحُكِيَ عَنِ الْأَصَمِّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِيَ

٤/١١ ظ

= ابن الهيثم ، من كتاب الفتن . صحيح البخارى ١٠/٦ ، ٧٠/٩ . والترمذى ، فى : باب حدثنا محمد بن المنثرى ، من أبواب الفتن . عارضة الأحمذى ١١٨/٩ ، ١١٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن استعمال النساء فى الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٠/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨/٥ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٥-٥) سقط من : م .

فاسقاً؛ لما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال : « سَيَكُونُ بَعْدِي أُمَرَاءُ ^(٦) يُؤَخِّرُونَ الصَّلَاةَ عَنْ أَوْقَاتِهَا ، فَصَلُّوْهَا لَوَقْتِهَا ، وَاجْعَلُوا صَلَاتَكُمْ مَعَهُمْ ^(٧) سُبْحَةً ^(٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾ ^(٩) . فَأَمَرَ بِالتَّبَيُّنِ عِنْدَ قَوْلِ الْفَاسِقِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ مِمَّنْ لَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، وَيَجِبُ التَّبَيُّنُ عِنْدَ حَكْمِهِ ؛ وَلَئِنْ الْفَاسِقُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا ، فَلَوْلَا يَكُونُ قَاضِيًا أَوَّلَى . فَأَمَّا / الْخَبْرُ فَأَخْبَرَ بِوُقُوعِ كَوْنِهِمْ أُمَرَاءَ ، لَا بِمَشْرُوعِيَّتِهِ ، وَالنِّزَاعُ فِي صِحَّةِ تَوَلِّيَّتِهِ ، لَا فِي وُجُودِهَا . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْاجْتِهَادِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَبَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَامِيًّا فَيُحْكَمَ بِالتَّقْلِيدِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ فَضْلُ الْحَصَائِمِ ، فَإِذَا أُمْكِنَهُ ذَلِكَ بِالتَّقْلِيدِ جَازَ ، كَمَا يُحْكَمُ بِقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ^(١٠) . وَلَمْ يَقُلْ بِالتَّقْلِيدِ ، وَقَالَ : ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ ﴾ ^(١١) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ^(١٢) . وَرَوَى بُرَيْدَةُ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ ؛ اثْنَانِ فِي النَّارِ ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى ^(١٣) بِهِ ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ ، فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَرَجُلٌ جَارٍ فِي الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِي النَّارِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١٤) . وَالْعَامِيُّ يَقْضِي عَلَى الْجَهْلِ ^(١٥) ، وَلَئِنْ الْحُكْمَ آكَدَ مِنَ الْفُتْيَا ؛ لِأَنَّهُ فُتْيَا

٥/١١

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أُمَةٌ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « مَعَهُ » .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي ٢١/٣ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ أَيْضًا ، فِي : بَابِ النَّدْبِ إِلَى وَضْعِ الْأَيْدِي ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٧٩/١ وَالسَّبِيحَةُ : النَّافِلَةُ .

(٩) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ٦ .

(١٠) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٩ .

(١١) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٠٥ .

(١٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٥٩ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَقَضَى » .

(١٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةِ ٧ .

(١٥) فِي ب ، م : « جَهْلٌ » .

والزَّامُ ، ثم الْمُفْتَى لا يجوزُ أن يكونَ عامِّيًّا مُقَلِّدًا ، فَالْحُكْمُ أَوَّلَى . فإن قيل : فالْمُفْتَى يجوزُ أن يُخْبِرَ بما سَمِعَ . قلنا : نعم . إلاَّ أَنَّهُ لا يكونُ مُفْتِيًّا في تلكِ الحالِ ، وإنَّما هو مُخْبِرٌ ، فَيَحْتَاجُ أن يُخْبِرَ عن رجلٍ بعينه من أهلِ الاجْتِهَادِ فيكونُ مَعْمُولًا بِخَبَرِهِ لا بِفُتْيَاهُ ، وَخَالَفَ^(١٦) قَوْلَ^(١٧) الْمُقَوِّمِينَ^(١٨) ؛ لأنَّ ذلكَ لا يُمكنُ الحَاكِمَ مَعْرِفَتَهُ بِنَفْسِهِ ، بخلافِ الْحُكْمِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فَمِنْ شَرَطِ الاجْتِهَادِ معرفةُ سِتَّةِ أَشْيَاءَ ؛ الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ ، وَالْاِخْتِلَافُ ، وَالْقِيَاسُ ، وَلِسَانُ الْعَرَبِ . أمَّا الْكِتَابُ ، فَيَحْتَاجُ أن يَعْرِفَ مِنْهُ عَشْرَةَ أَشْيَاءَ ؛ الْخَاصُّ ، وَالْعَامُّ ، وَالْمُطْلَقُ ، وَالْمُقَيَّدُ ، وَالْمُحْكَمُ ، وَالْمُتَشَابِهُ ، وَالْمُجْمَلُ ، وَالْمُفَسَّرُ ، وَالنَّاسِخُ ، وَالْمَنْسُوخُ في الآيَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْأَحْكَامِ ، وَذَلِكَ نَحْوُ خَمْسِمِائَةٍ ، وَلَا يَلْزِمُهُ معرفةُ سائرِ الْقُرْآنِ . فَأَمَّا السُّنَّةُ ، / فَيَحْتَاجُ إلى معرفةٍ^(١٩) ما يَتَعَلَّقُ مِنْهَا بِالْأَحْكَامِ دُونَ سائرِ الْأَخْبَارِ ، مِنْ ذِكْرِ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ وَالرَّقَائِقِ ، وَيَحْتَاجُ أن يَعْرِفَ مِنْهَا ما يَعْرِفُ مِنَ الْكِتَابِ ، وَيَزِيدُ معرفةَ التَّوَاتُرِ ، وَالْأَحَادِ ، وَالْمُرْسَلِ ، وَالْمُتَّصِلِ ، وَالْمُسْنَدِ ، وَالْمُنْقَطِعِ ، وَالصَّحِيحِ ، وَالضَّعِيفِ ، وَيَحْتَاجُ إلى معرفةٍ ما أَجْمَعَ عَلَيْهِ ، وَمَا اِخْتَلَفَ فِيهِ ، وَمعرفةَ الْقِيَاسِ ، وَشُرُوطِهِ ، وَأَنْوَاعِهِ ، وَكَيْفِيَّةَ اسْتِنْبَاطِ الْأَحْكَامِ ، وَمعرفةَ لِسَانِ الْعَرَبِ فيما يَتَعَلَّقُ بِمَا ذُكِرَ ؛ لِيَتَعَرَّفَ بِهِ اسْتِنْبَاطَ الْأَحْكَامِ مِنْ أَصْنَافِ عُلُومِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى اشْتِرَاطِ ذَلِكَ لِلْفُتْيَا ، وَالْحُكْمِ فِي مَعْنَاهُ . فإن قيل : فهذه^(٢٠) شُرُوطُ لَا تَجْتَمِعُ^(٢١) فِي أَحَدٍ^(٢٢) ، فَكَيْفَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُهَا ؟ . قلنا : ليس مِنْ شَرَطِهِ أن يكونَ مُحِيطًا بِهذهِ الْعُلُومِ إِحَاطَةً تَجْمَعُ أَقْصَاهَا ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ^(٢٣) أن يَعْرِفَ مِنْ ذَلِكَ ما يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَلِسَانِ الْعَرَبِ ، وَلَا أن يُحِيطَ بِجَمِيعِ

١١/٥٥ ظ

(١٦) في ب ، م : « ويخالف » .

(١٧) في م زيادة : « معرفته » .

(١٨) في النسخ : « المقولين » . وتقدم .

(١٩) في ب ، م : « معرفته » .

(٢٠) في م : « هذه » .

(٢١-٢٢) سقط من م .

(٢٣) في م زيادة : « إلى » .

الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب ، خليفتا رسول الله ﷺ ، ووزيرا^(٢٣) ، وخير الناس بعده ، في حال إمامتهما يُسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة ، يسألان الناس فيخبران ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدّة ، فقال : مالك في كتاب الله شيء ، ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ، ولكن أرجعني حتى أسأل الناس . ثم قام فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدّة ؟ فقام المغيرة بن شعبه ، فقال : أشهد أن رسول الله ﷺ أعطها السدس^(٢٤) . وسأل عمر عن إملاص المرأة ، فأخبره المغيرة^(٢٥) بن شعبه^(٢٥) أن النبي ﷺ قضى فيه بغرة^(٢٦) . ولا يشترط معرفة المسائل التي فرّعها المجتهدون في كتبهم ، فإن هذه فروع فرّعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد ، فلا تكون شرطا له وهو سابق / عليها . وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهدا في كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة ، وما يتعلق بها ، فهو مجتهد فيها ، وإن جهل غيرها ، كمن يعرف الفرائض وأصولها ، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل . وقيل : من يجيب في كل مسألة فهو مجنون ، وإذا ترك العالم : لا أدرى . أصيبت مقاتله . وحكى^(٢٧) أن مالكا^(٢٧) سئل عن أربعين مسألة ، فقال في ست وثلاثين منها : لا أدرى . ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهدا . وإنما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدوّن في فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ، ورزق فهمه ، كان مجتهدا ، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه . والله أعلم .

فصل : ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل : يشترط ذلك ؛ ليعلم^(٢٨) ما

(٢٣) في الأصل ، ب : « ووزراه » .

(٢٤) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .

(٢٥) ٢٥-٢٥ سقط من : الأصل .

(٢٦) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .

(٢٧) ٢٧-٢٧ في ب : « عن مالك أنه » .

(٢٨) في م : « لعلم » .

يَكْتَبُهُ كَاتِبُهُ^(٢٩) ، ولا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِخْفَائِهِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ أُمِّيًّا ، وَهُوَ سَيِّدُ الْحُكَّامِ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ الْحُكْمِ^(٣٠) الْكِتَابَةُ ، فَلَا تُعْتَبَرُ شُرُوطُهَا ، وَإِنْ اِخْتِاجُ إِلَى ذَلِكَ جَازَ تَوَلِّيَّتُهُ لِمَنْ يَعْرِفُهُ ، كَمَا أَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى الْقِسْمَةِ بَيْنَ النَّاسِ^(٣١) ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ مَعْرِفَةُ الْمِسَاحَةِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى التَّقْوِيمِ ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ^(٣٢) الْقَضَاءِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِقِيَمِ^(٣٣) الْأَشْيَاءِ ، وَلَا مَعْرِفَتُهُ بِغُيُوبِ كُلِّ شَيْءٍ .

فصل : وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ قَوِيًّا مِنْ غَيْرِ عُنْفٍ ، لِيَنَالِ مِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ ، لَا يَطْمَعُ الْقَوِيُّ فِي بَاطِلِهِ ، وَلَا يَتَأَسُّ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِهِ ، وَيَكُونُ حَلِيمًا ، مُتَأَنِّيًا ، ذَا فِطْنَةٍ وَتَبَقُّظٍ ، لَا يُؤْتِي مِنْ غَفْلَةٍ ، وَلَا يُخَذِّعُ لَغَرَّةٍ ، صَحِيحَ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ ، عَالِمًا بِلُغَاتِ أَهْلِ وِلَايَتِهِ ، عَفِيفًا ، وَرِعًا ، نَزْهًا^(٢٩) ، بَعِيدًا عَنِ^(٣٤) الطَّمَعِ ، صَدُوقَ اللَّهْجَةِ ، ذَارِيًا وَمَشُورًا ، لِكَلَامِهِ لِيَنْ إِذَا قَرَّبَ ، وَهَيِّبَةً إِذَا أَوْعَدَ ، وَوَفَاءً إِذَا وَعَدَ ، وَلَا / يَكُونُ جَبَّارًا ، وَلَا عَسُوفًا ، فَيَقْطَعُ ذَا الْحُجَّةِ عَنْ حُجَّتِهِ . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي قَاضِيًّا حَتَّى تَكُونَ فِيهِ خَمْسُ خَصَالٍ ؛ عَفِيفٌ ، حَلِيمٌ ، عَالِمٌ بِمَا كَانَ قَبْلَهُ ، يَسْتَشِيرُ ذَوِي الْأَلْبَابِ ، لَا يَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً . وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣٥) ، قَالَ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ تَجْتَمِعَ فِيهِ سَبْعُ خَلَالٍ ، إِنْ فَاتَتْهُ وَاحِدَةٌ كَانَتْ فِيهِ وَصْمَةٌ : الْعَقْلُ ، وَالْفَقْهُ ، وَالْوَرَعُ ، وَالنَّزَاهَةُ ، وَالصَّرَافَةُ ، وَالْعِلْمُ بِالسُّنَنِ ، وَالْحِلْمُ^(٣٦) . وَرَوَاهُ سَعِيدٌ^(٣٧) . وَفِيهِ : يَكُونُ فَهِيمًا ، حَلِيمًا ، عَفِيفًا ،

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في ب ، م : « الحاكم » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في الأصل : « شرطه » .

(٣٣) في ب ، م : « بقيمة » .

(٣٤) في ب : « من » .

(٣٥) في ب زيادة : « أنه » .

(٣٦) في ب ، م : « والحكم » .

(٣٧) وأخرج نحوه البيهقي ، من طريق سعيد بن منصور ، في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب =

صَلِيًّا^(٣٨) ، سَأَ الْأَعْمَا لَا يَعْلَمُ . وفي رواية : مُخْتَمِلًا لِلْإِثْمَةِ ؛ وَلَا يَكُونُ ضَعِيفًا ، مَهِينًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْسُطُ الْمُتَخَاصِمِينَ إِلَى التَّهَاتُرِ وَالتَّشَاتُّمِ بَيْنَ يَدَيْهِ . وقال عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا غَزْلَنَ فُلَانًا عَنِ الْقَضَاءِ ، وَلَأَسْتَعْمِلَنَّ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فَرْقَهُ^(٣٩) .

فصل : وله أَنْ يَنْتَهَرَ الْخَصْمَ إِذَا التَّوَى ، وَيُصِيحَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ التَّعْزِيرَ عَزَّرَهُ بِمَا يَرَى مِنْ أَدَبٍ أَوْ حَسَبٍ . وَإِنْ افْتَاتَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ : حَكَمْتُ عَلَى بَغِيرِ الْحَقِّ . أَوْ : ارْتَشَيْتَ . فَلَهُ تَأْدِيبُهُ . وله أَنْ يَغْفُو . وَإِنْ بَدَأَ الْمُنْكَرُ بِالْيَمِينِ ، قَطَعَهَا عَلَيْهِ ، وَقَالَ : الْبَيْتَةُ عَلَى خَصْمِكَ .^(٤٠) فَإِنْ عَادَ تَهَرَّهَ^(٤١) ، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَهُ إِنْ رَأَى . وَأَمْثَالُ ذَلِكَ مِمَّا^(٤٢) فِيهِ إِسَاءَةُ الْأَدَبِ ، فَلَهُ مُقَابَلَةٌ فَاعِلِهِ ، وَلَهُ الْعَفْوُ .

فصل : وإذا^(٤٣) وَلَّى الْإِمَامُ رَجُلًا الْقَضَاءَ^(٤٤) ، فَإِنْ كَانَتْ وِلَايَتُهُ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ ، فَأَرَادَ السَّيْرَ إِلَى بَلَدٍ^(٤٥) وَلِيَّتِهِ ، بَحَثَ عَنْ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، لِيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ ، وَيَتَعَرَّفَ مِنْهُمْ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ فِي طَرِيقِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، سَأَلَ إِذَا دَخَلَ الْبَلَدَ عَنْ أَهْلِهِ ، وَمَنْ بِهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْفُضَلَاءِ وَأَهْلِ الْعَدَالَةِ وَالسَّيْرِ^(٤٦) ، وَسَائِرِ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَإِذَا قُرِبَ مِنَ الْبَلَدِ ، بَعَثَ مَنْ يُعَلِّمُهُمْ بِقُدُومِهِ لِيَتَلَقَّوهُ ، وَيَجْعَلَ قُدُومَهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ / إِنْ أَمَكَّنَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ ، قَدِمَ يَوْمَ الْخَمِيسِ^(٤٧) ، ثُمَّ

و٧/١١

= القاضي . السنن الكبرى ١١٠/١٠ . وأورده البخاري ، في : باب متى يستوجب الرجل القضاء ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨٤/٩ . كلاهما بلفظ : خمس خصال .

(٣٨) في ب ، م : « صلبا » .

(٣٩) فرقه : أى خافه . وأخرجه البيهقي ، في : باب القاضي إذا بان له من أحد الخصمين اللدنهاه عنه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٨/١٠ وذكره وكيع ، في أخبار القضاة ٢٧٠/١ .

(٤٠ - ٤١) سقط من : ب ، م .

(٤١) في الأصل : « فيما » .

(٤٢) في م : « وإن » .

(٤٣) في الأصل : « للقضاء » .

(٤٤) في ب ، م : « بلاد » .

(٤٥) في ب ، م : « السير » .

(٤٦) لم نجد هذا ، ولعل المصنف أراد الخروج إلى السفر . انظر : جامع الأصول ١٥/٥ .

يقصدُ الجَامِعَ ، فيُصَلِّي فيه رَكَعَتَيْنِ ، كما كان النَّبِيُّ ﷺ يفعلُ إذا دخلَ المدينة^(٤٧) ، ويسألُ اللهَ تعالى التَّوْفِيقَ والعِصْمَةَ والمَعُونَةَ ، وأنَّ يجعلَ عملَه صالحًا ، ويجعله لوجهه خالصًا ، ولا يجعلَ لأحدٍ فيه شيئًا ، ويُفَوِّضُ أمرَه إلى الله تعالى ، ويتوكَّلُ عليه ، ويأمرُ مُنَادِيَه فينادي في البلَدِ ، إنَّ فلانًا قدِمَ عليكم قاضيًا ، فاجتمعوا للقراءة عَهْدَه ، وقتَ كذا وكذا . وينصرفُ إلى منزله الذي قد أُعِدَّ له ، وينبغي أن يكونَ في وَسَطِ البلَدِ ؛ ليتساوى أهلُ البلَدِ^(٤٨) فيه ، ولا يشقُّ على بعضهم قصُّه ، فإذا اجتمعوا ، أمرَ بعَهْدِه فقُرئَ عليهم ، ليُعلموا التَّوْلِيَةَ ، ويأتوا إليه ، ويَعِدُّ الناسَ يومًا يجلسُ فيه للقضاءِ ، ثم ينصرفُ إلى منزله . وأوَّلُ ما يبدأ فيه^(٤٩) من أمرِ الحَكَمِ ، أن يبعثَ إلى الحاكِمِ المَعزُولِ فيأخذَ منه ديوانَ الحَكَمِ ؛ وهو ما فيه وثائقُ الناسِ من المحاضِرِ ، وهي تُسَخُّ ما ثَبَتَ عندَ الحاكِمِ ، والسَّجَلَاتُ تُسَخُّ ما حَكَمَ به ، وما كانَ عنده من حُجَجِ الناسِ ووثائقهم مُودَعَةً في ديوانِ الحَكَمِ ، فكانتَ عنده بحُكْمِ الوَلَايَةِ ، فإذا انتقلتِ الوَلَايَةُ إلى غيره ، كان عليه تسليمُها إليه ، فتكونُ مُودَعَةً عنده في ديوانِه ، ثم يخرجُ في اليوم الذي وعدَ بالجلوسِ فيه إلى مَجْلِسِه ، على أَكْمَلِ حالٍ^(٥٠) وأَعْدَلِها ، خَلِيًّا مِنَ الغَضَبِ ، والجُوعِ الشديدِ والعَطَشِ ، والفرَجِ الشَّدِيدِ والحُزَنِ الكثيرِ ، والهِمِّ العظيمِ ، والوَجَعِ المؤلِمِ ، ومُدافَعَةِ الأَخْبَثَيْنِ أو أَحَدِهما ، والنُّعَاسِ الذي يَغْمُرُ القلبَ ؛ ليكونَ أَجْمَعَ لِقَلْبِه ، وأَحْضَرَ لِدَهْنِه ، وأَبْلَغَ في تيقُّظِه للصَّوابِ ، وفِطْنَتِه لِمَوْضِعِ الرَّأْيِ ؛ ولذلك قال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ »^(٥١) . فنصَّ على الغَضَبِ ، وثبَّه على ما في

(٤٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الصلاة إذا قدم من سفر ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٩٤/٤ .
ومسلم ، فى : باب استحباب الركعتين فى المسجد ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٩٤٦/١ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلاة عند القدوم من السفر . سنن أبى داود ٨٢/٢ . والحاكم ، فى : كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ١٥٥/٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٥٥/٣ . والبيهقى ، فى : باب الصلاة عند القدوم ، من كتاب الحج . السنن الكبرى ٢٦١/٥ .

(٤٨) فى م : « المدينة » .

(٤٩) فى ب : « به » .

(٥٠) فى م : « حالة » .

(٥١) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقضى الحاكم أو يفتى وهو غضبان ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨٢/٩ . ومسلم ، فى : باب كراهة قضاء القاضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ ، ١٣٤٣ . وأبو داود ، فى : باب القاضى يقضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يقضى القاضى وهو غضبان ، من أبواب الأحكام . عارضة الأهودى ٧٧/٦ ، ٧٨ =

مَعْنَاهُ مِنْ سَائِرِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَيُسَلَّمُ عَلَى مَنْ يَمُرُّ بِهِ ^(٥٢) مِنَ الْمُسْلِمِينَ ^(٥٢) فِي طَرِيقِهِ ، / وَيَذْكُرُ
 اللَّهُ بِقَلْبِهِ وَلِسَانِهِ حَتَّى يَأْتِيَ مَجْلِسَهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ فَسِيحٌ ،
 كَالرَّحْبَةِ وَالْقَضَاءِ الْوَاسِعِ أَوْ الْجَامِعِ . وَلَا يُكْرَهُ الْقَضَاءُ فِي الْمَسَاجِدِ ^(٥٣) ، فَعَلَ ذَلِكَ
 شَرِيحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُحَارِبُ بْنُ دَثَارٍ ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ
 خُلْدَةَ ^(٥٤) ، قَاضٍ لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَثْمَانَ وَعَلِيٍّ ،
 أَنَّهُمْ كَانُوا يَقْضُونَ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْقَضَاءُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ الْقَدِيمِ .
 وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُكْرَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَّفَقَ
 خَصْمَانِ عِنْدَهُ فِي الْمَسْجِدِ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنْ لَا
 تُقْضَى فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّهُ تَأْتِيكَ الْحَائِضُ وَالْجَنُبُ . ^(٥٥) وَلَأنَّ الْحَاكِمَ يَأْتِيهِ الدِّمِيُّ وَالْحَائِضُ
 وَالْجَنُبُ ^(٥٥) ، وَتَكْثُرُ غَاشِيَتُهُ ، وَيَجْرِي بَيْنَهُمُ اللَّعْطُ وَالتَّكَادُبُ وَالتَّجَاوُذُ ، وَرَبَّمَا أَدَّى إِلَى
 السَّبِّ وَمَا لَمْ تُبَيَّنْ لَهُ الْمَسَاجِدُ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ بِمَا قَدَرَوْنَاهُ عَنْهُمْ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ :
 رَأَيْتُ عُمَرَ وَهُوَ ^(٥٦) مُسْتَنِدٌّ ^(٥٧) إِلَى الْقِبْلَةِ ، يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ مِنْ أَمْرِ
 النَّاسِ الْقَدِيمِ . وَلَأنَّ الْقَضَاءُ قُرْبَةٌ وَطَاعَةٌ وَإِنْصَافٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلَمْ يُكْرَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَلَا
 نَعْلَمُ صِحَّةَ مَا رَوَاهُ عَنْ عُمَرَ ، وَقَدْ رَوَى عَنْهُ خِلَافُهُ . وَأَمَّا الْحَائِضُ ، فَإِنْ عَرَضَتْ لَهَا
 حَاجَةٌ إِلَى الْقَضَاءِ ، وَكَلَّتْ ، أَوْ أَتَتْهُ فِي مَنْزِلِهِ . وَالْجَنُبُ يَغْتَسِلُ وَيَدْخُلُ ، وَالدِّمِيُّ يَجُوزُ
 دُخُولُهُ بِإِذْنِ مُسْلِمٍ . وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَجْلِسُ فِي مَسْجِدِهِ ، مَعَ حَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ

= وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ أَنْ يَقْضَى فِي قَضَاءٍ بِقَضَاءَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمُجْتَبَى ٢١٦/٨ ، ٢١٧ .

(٥٢-٥٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٥٣) انْظُرْ لِذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَضَى وَلَا عَنْ فِي الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ
 ٨٥/٩ .

(٥٤) عُمَرُ بْنُ خُلْدَةَ ، وَيُقَالُ : عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ خُلْدَةَ الزُّزْقِيُّ الْأَنْصَارِيُّ ، تَابِعِيُّ ، ثِقَةٌ ، مَهَبٌ صَارِمٌ ، وَرِعٌ
 عَفِيفٌ ، وَلِي قَضَاءِ الْمَدِينَةِ فِي زَمَنِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ .

انْظُرْ : تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٤٤٢/٧ . وَأَخْبَارُ الْقَضَاءِ ، لَوَكْبَعٍ ١٣٠/١ - ١٣٣ .

(٥٥-٥٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « يَعْنِي » .

للحُكُومَةِ وَالْفُتْيَا وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حَوَائِجِهِمْ ، وَكَانَ أَصْحَابُهُ يُطَالِبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا بِالْحُقُوقِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَرَبَّمَا رَفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ . فَقَدَرُوى عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ / أَنَّهُ قَالَ : تَقَاضَيْتُ ابْنَ أَبِي حَذَرْدٍ دَيْنًا فِي الْمَسْجِدِ ، حَتَّى ارْتَفَعْتُ أَصْوَاتُنَا ، فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَشَارَ إِلَيَّ ، أَنْ ضَعْ مِنْ دَيْنِكَ الشَّطْرَ . فَقُلْتُ : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَقَالَ : « فَقُمْ فَأَقْضِهِ » ^(٥٨) . وَبَيَّغَى أَنْ يَكُونَ جُلُوسُهُ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ ، لَعَلَّ يَتَّعَدَ عَلَى قَاصِدِيهِ ، وَلَا يَتَّخِذَ حَاجِبًا يَحْجُبُ النَّاسَ عَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهِ ؛ لَمَّا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ مُخَيْمِرَةَ ، عَنْ أَبِي مَرْيَمَ صَاحِبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا ، وَاحْتَجَبَ دُونَ حَاجَتِهِمْ ، احْتَجَبَ اللَّهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقْرِهِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٥٩) . وَلَأنَّ حَاجِبَهُ رَبَّمَا قَدَّمَ الْمُتَأَخَّرَ وَأَخَّرَ الْمُتَقَدَّمَ لِعَرَضٍ لَهُ ، وَرَبَّمَا كَسَرَهُمْ بِحُجْبِهِمْ وَالاسْتِغْذَانِ لَهُمْ . وَلَا بَأْسَ بِاتِّخَاذِ حَاجِبٍ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ . وَيُسَبِّطُ لَهُ شَيْءٌ ^(٦٠) يَجْلِسُ عَلَيْهِ ^(٦١) ، وَلَا يَجْلِسُ عَلَى التُّرَابِ ، وَلَا عَلَى حَصِيرِ الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَذْهَبُ بِهَيْئَتِهِ مِنْ أَغْنِي الْخُصُومِ ، وَيَجْعَلُ جُلُوسَهُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ ؛ لِأَنَّ خَيْرَ الْمَجَالِسِ ^(٦١) مَا اسْتَقْبَلَ بِهِ الْقِبْلَةَ . وَهَذِهِ الْآدَابُ الْمَذْكُورَةُ فِي هَذَا الْفَصْلِ لَيْسَتْ شَرْطًا فِي

(٥٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ التَّقَاضِي وَالْمِلَازِمَةِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَبَابِ رَفْعِ الصَّوْتِ فِي الْمَسَاجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ كَلَامِ الْخُصُومِ بَعْضُهُمْ فِي بَعْضٍ ، مِنْ كِتَابِ الْخُصُومَاتِ ، وَفِي : بَابِ الصَّلَحِ بِالْدِّينِ وَالْعَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١/١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ١٦٠/٣ ، ٢٤٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ اسْتِحْيَابِ الْوَضْعِ مِنَ الدِّينِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١١٩٢ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الصَّلَحِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَّ أُمِّي دَاوُدَ ٢/٢٧٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حُكْمِ الْحُكْمِ مِنْ دَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاةِ . الْمُجْتَبَى ٨/٢١٠ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْحَبْسِ فِي الدِّينِ وَالْمِلَازِمَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَّ ابْنُ مَاجَهَ ٢/٨١١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي إِنْظَارِ الْمَعْسَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ . سَنَّ الدَّارِمِيُّ ٢/٢٦١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦/٣٩٠ .

(٥٩) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِمَامِ الرِّعْيَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦/٧٤ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِيمَا يُلْزَمُ الْإِمَامَ مِنْ أَمْرِ الرِّعْيَةِ وَالْحُجَّةِ عَنْهُمْ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَّ أُمِّي دَاوُدَ ٢/١٢٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : بَابِ مَا يَسْتَحِبُّ لِلْقَاضِي ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٠١ ، ١٠٢ .
(٦٠-٦١) سَقَطَ مِنْ : م .
(٦١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَجْلِسُ » .

الحُكْمِ ، إِلَّا ^(٦٢) الْخُلُوءُ مِنَ الْعُضْبِ وما في معناه ، فَإِنَّ في اشتراطه روايتين .

فصل : وإذا جلسَ الحاكمُ في مجلسِهِ ، فأوَّلُ ما يَنْظُرُ فيه أمرُ المَحْبُوسِينَ ؛ لِأَنَّ الحبسَ عذابٌ ، وربما كان فيهم مَنْ لا يَسْتَحِقُّ البقاءَ فيه ، فيُنْفَذُ إلى حَبْسِ القاضي الذي كان قبلَهُ ثِقَةً ، يَكْتُبُ اسمَ كُلِّ مَحْبُوسٍ ، وفيهِ حَبْسٌ ؟ ولمن حَبْسٌ ؟ فيحمله إليه ، فيأمرُ مُنَادِيًا يُنادِي في البلدِ ثلاثةَ أَيامٍ : ألا إِنَّ القاضيَ فلانَ بنَ فلانٍ يَنْظُرُ في أمرِ المَحْبُوسِينَ يومَ كذا ، فمَنْ كان له مَحْبُوسٌ فَلْيَحْضُرْ . فإذا حضرَ ذلكَ اليومُ ، وحضرَ الناسُ ، تركَ الرَّقَاعَ التي فيها اسمُ المَحْبُوسِينَ بين يديه ، ومدَّ يده إليها ، فما وَقَعَ في / يده منها نظرَ إلى اسمِ المَحْبُوسِ ، وقال : مَنْ خَصَمُ فلانِ المَحْبُوسِ . فإذا قالَ خَصَمُهُ : أنا . بعثَ معه ثِقَةً إلى الحبسِ ، فأخرجَ خَصَمَهُ ، وحضرَ معه مجلسَ الحُكْمِ ، ويفعلُ ذلكَ في قَدَرٍ ما يعلمُ أَنَّهُ يَتَسَعُّ زمانُهُ لِلنَّظَرِ فيه في ذلكَ المجلسِ ، ولا يُخْرِجُ غيرَهُم ، فإذا حضرَ المَحْبُوسُ وخَصَمُهُ ، لم يسألْ خَصَمَهُ : لِمَ حَبَسْتَهُ ؟ لِأَنَّ الظاهرَ أَنَّ الحاكمَ إِنَّمَا حبسهَ بِحَقٍّ ، لكن يسألُ المَحْبُوسَ : بِمَ حَبَسْتَ ؟ ولا يخلو جوابُهُ من خمسةِ أَقسامٍ ؛ أحدها ، أَن يقولَ : حبسَنِي بِحَقٍّ له حالٌ ، أنا مَلِيٌّ بِهِ ^(٦٣) . فيقولُ له الحاكمُ : اقضِهِ ، وإلَّا رَدَدْتُكَ في الحبسِ . الثاني ، أَن يقولَ : له على دَيْنٍ ، أنا مُعْسِرٌ به . فيسألُ خَصَمَهُ ، فَإِنْ صدَّقَهُ ، فَلَسَهُ الحاكمُ وأطلقَهُ . وَإِنْ كَذَّبَهُ ، نظرَ في سَبَبِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ كانَ شيئًا حصلَ له به مالٌ ، كقرضٍ أو شِراءٍ ، لم يَقْبَلْ قوله في الإغسارِ إِلَّا بَيِّنَةً بأنَّ ماله تلفٌ أو نَفَدٌ ، أو بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مُعْسِرٌ ، فيزولُ الأصلُ الذي ثَبَتَ ، ويكونُ القولُ قوله فيما يدَّعِيهِ عليه من المالِ . وَإِنْ لم يَثْبُتْ له أصلُ مالٍ ، ولم تَكُنْ لَخَصَمِهِ بَيِّنَةٌ بذلك ، فالقولُ قولُ المَحْبُوسِ مع يَمِينِهِ أَنَّهُ مُعْسِرٌ ؛ لِأَنَّ الأصلَ الإغسارُ . وَإِنْ شَهِدَتْ لَخَصَمِهِ بَيِّنَةٌ بأنَّ له مالًا ، لم تُقْبَلْ حتى يُعَيَّنَ ^(٦٤) ذلكَ المالُ بما يَتَمَيَّزُ به ، فَإِنْ شَهِدَتْ عليه البَيِّنَةُ

٨/١١ ظ

(٦٢) في الأصل زيادة : « أن » .

(٦٣) في الأصل : « فيه » .

(٦٤) في ب ، م : « تعين » .

بدارٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، وَصَدَّقَهَا ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ كَذَّبَهَا ، وَقَالَ : لَيْسَ هَذَا لِي ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي يَدَيَّ لَغَيْرِي . لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ بِهِ إِلَى وَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي أقرَّ لَهُ بِهِ حَاضِرًا ، نَظَرَتْ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي إِقْرَارِهِ ، سَقَطَ ، وَقُضِيَ مِنَ الْمَالِ دَيْنُهُ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ نَظَرَتْ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُ بَيِّنَةً ، وَصَاحِبُ الْيَدِ يُقَرَّرُ لَهُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا ، وَيُقْضَى الدَّيْنُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ لَصَاحِبِ الْيَدِ بِالْمِلْكِ ، / فَتَضَمَّنَتْ شَهَادَتُهُمَا^(٦٥) وَجُوبَ الْقَضَاءِ مِنْهُ ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا^(٦٥) فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، قُبِلَتْ فِيمَا تَضَمَّنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَغَيْرِهِ ؛ وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي إِقْرَارِهِ لَغَيْرِهِ ، لِأَنَّهُ قَدْ فَعَلَ ذَلِكَ لِيُخْلَصَ مَالُهُ ، وَيَعُودَ إِلَيْهِ ، فَتَلَحُّقُهُ تَهْمَةً ، فَلَمْ تَبْطُلِ الْبَيِّنَةُ بِقَوْلِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، يَثْبُتُ الْإِقْرَارُ ، وَتُسْقَطُ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُ تَشْهَدُ بِالْمِلْكِ لِمَنْ لَا يَدَّعِيهِ وَيُنْكِرُهُ . الْجَوَابُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَقُولَ : حَبَسَنِي لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ عَلَيَّ لِحُصْمِي بِحَقٍّ لِيَبْحَثَ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ . فَهَذَا يَنْبَغِي عَلَى أَصْلِ ، وَهُوَ أَنَّ الْحَاكِمَ هَلْ لَهُ ذَلِكَ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَذَابٌ ، فَلَا يَتَوَجَّهَ عَلَيْهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا لَا يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ إِنْ صَدَّقَهُ خَصْمُهُ فِي هَذَا . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ حَبْسُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ قَدْ أَقَامَ مَا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْحَاكِمِ مِنَ الْبَحْثِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ حَتَّى يَكْشِفَ عَنْ حَالِ شُهُودِهِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ خَصْمُهُ ، وَقَالَ : بَلْ قَدْ عَرَفَ الْحَاكِمُ عَدَالَتهُ شُهُودِي ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ حَبْسَهُ بِحَقٍّ . الْجَوَابُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَقُولَ : حَبَسَنِي الْحَاكِمُ بِشَمَنِ كَلْبٍ ، أَوْ قِيمَةِ خَمِيرٍ أَرْقَتْهُ لِدُمِّي ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَرَى ذَلِكَ . فَإِنْ صَدَّقَهُ خَصْمُهُ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُطْلَقُهُ ؛ لِأَنَّ غُرْمَ هَذَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْحَاكِمَ يُنْفِذُ حُكْمَ الْحَاكِمِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَقْضُ حُكْمٍ غَيْرِهِ بِاجْتِهَادِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ وَيَجْتَهِدُ أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ

(٦٥) فِي ب ، م : « شَهَادَتُهَا » .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

فَعَلَّ أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ خَصْمُهُ ، وَقَالَ : بَلِ حُبِسْتُ بِحَقٍّ وَاجِبٍ غَيْرِ هَذَا . فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ حُبْسُهُ بِحَقٍّ . الْجَوَابُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَقُولَ : حُبِسْتُ ظُلْمًا ، وَلَا حَقَّ عَلَيَّ . / فَيُنَادِي مُنَادِي الْحَاكِمِ بِذِكْرِ مَا قَالَهُ ، فَإِنْ حَضَرَ رَجُلٌ فَقَالَ : أَنَا خَصْمُهُ . فَأَنْكَرَهُ ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، كُلَّفَ الْجَوَابَ عَلَى مَا مَضَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ خَصْمٌ ، فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا خَصْمَ لَهُ ، أَوْ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، وَيُخْلَى سَبِيلُهُ .

ظ ٩/١١

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْرِ الْأَوْصِيَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَكُونُونَ نَاطِرِينَ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ وَتَفْرِقَةِ الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ ، فَيَقْصِدُهُمُ الْحَاكِمُ بِالنَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْظُورَ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْمَطَالَبَةُ بِحَقِّهِ ، فَإِنَّ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونِ لَا قَوْلَ لهما ، وَالْمَسَاكِينَ لَا يَتَعَيَّنُ الْأَخْذُ مِنْهُمْ ، فَإِذَا قَدِمَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ قَبْلَهُ نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، لَمْ يَعْزِلْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ إِلَّا وَقَدْ عَرَفَ أَهْلِيَّتَهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَكِنْ يُرَاعِيهِ ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُهُ بِفَسْقٍ أَوْ ضَعْفٍ ، أَضَافَ إِلَيْهِ أَمِينًا قَوِيًّا يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مَا نَفَذَ وَصِيَّتَهُ ، نَظَرَ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ أَمِينًا قَوِيًّا ، أَقْرَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا ضَعِيفًا ، ضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُعِينُهُ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، عَزَلَهُ وَأَقَامَ غَيْرَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْظُرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ ، أَوْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ ، وَهُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ بِأَهْلٍ ، وَكَانَ أَهْلُ الْوَصِيَّةِ بِالْغَيْرِ عَاقِلِينَ مُعَيَّنِينَ ، صَحَّ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَبَضُوا حُقُوقَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا غَيْرَ مُعَيَّنِينَ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ فَرَّقَ الْوَصِيَّةَ غَيْرُ الْمُوصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِهَا^(٦٧) ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : ثُمَّ يَنْظُرُ فِي أَمْنَاءِ الْحَاكِمِ ، وَهَمَّ مَنْ رَدَّ إِلَيْهِمُ الْحَاكِمُ النَّظَرَ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ ، وَتَفْرِقَةِ الْوَصَايَا الَّتِي لَمْ يُعَيَّنْ لَهَا وَصِيٌّ ، فَإِنْ كَانُوا بِحَالِهِمْ ، أَقْرَهُمْ ؛ لِأَنَّ الَّذِي

(٦٧) فِي الْأَصْلِ : « بَتَفْرِيقِهَا » .

قبله ولأهم، ومن تغيّر حاله منهم، عزّله إن فسق، وإن / ضَعُفَ، ضَمَّ إليه أُمِينًا . ١٠/١١ و

فصل : ثم ينظر في أمر الضوّال واللقطة التي تولّى الحاكم حفظها ؛ فإن كانت ممّا يُخاف تُلْفَه كالحيوان ، أو في حفظه مُؤَنَّة كالأموال الجافية ، باعها ، وحفظ ثمنها لأربابها ، وإن لم تكن كذلك كالأثمان ، حفظها لأربابها ، ويكتب عليها لِتَعْرِفَ .

١٨٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ)

لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه ، في أن القاضي لا ينبغي له أن يقضي وهو غضبان . كره ذلك شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وكتب أبو بكره إلى عبد الله بن أبي بكره وهو قاض بسجستان ، أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان ؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لَا يَحْكُمُ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضَبَانُ » . متفق عليه ^(١) . وكتب عمر ، رضي الله عنه ، إلى أبي موسى : إياك والعصب ، والقلق ، والضجر ، والتأذي بالناس ، والتتكّر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمّد الظلم ، فأوجع رأسه ^(٢) . ولأنه إذا غضب تغيّر عقله ، ولم يستوف رأيه وفكره . وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره ، من الجوع المفرط ، والعطش الشديد ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأختين ، وشدة النعاس ، والهَم ، والعَم ، والحزن ، والفرج ، فهذه كلها تمنع الحاكم ؛ لأنها تمنع حضور القلب ، واستيفاء الفكر ، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب ، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه ، فتجرى مجراه . فإن حكم في الغضب أو ما شاكلة ، فحكى عن القاضي ، أنه لا ينفذ قضاؤه ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ^(٣) . وقال في « المجرد » : ينفذ قضاؤه . وهو مذهب الشافعي ؛ لما روى ، أن النبي ﷺ اختصم إليه الزبير

(١) تقدم تحريجه ، في صفحة ١٩ ، ٢٠ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القضاة ، من كتاب الجامع . المصنف ١١/٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٣) سقط من : الأصل .

ورجل من الأنصار ، في شِراجِ الحرة^(٤) ، فقال النبي ﷺ للزبير : « اسق ، ثم أرسل الماء إلى جارك » . فقال الأنصاري : أن كان ابن عمّتك . فغضب رسول الله ﷺ . / ١٠/١١
وقال للزبير : « اسق ، ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر^(٥) » . متفق عليه^(٦) . فحكم في حال غضبه . وقيل : إنما يمنع الغضب الحاكم^(٧) إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة ، فأما إن اتضح الحكم ، ثم عرض الغضب ، لم يمنع ؛ لأن الحق قد استبان قبل الغضب ، فلا يؤثر الغضب فيه .

١٨٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا نَزَلَ بِهَ الْأَمْرُ الْمَشْكُلُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، شَاوَرَ فِيهِ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ)

وجُمِلتْهُ أَنَّ الحاكم إذا حضرته قضية تَبَيَّنَ له حُكْمُهَا في كتابِ الله تعالى ، أو سُنَّةِ رسوله ، أو إجماع ، أو قياس جلي ، حكم ولم يحتج إلى رأي غيره ؛ لقول رسول الله ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتابِ الله . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » . قال : بسنة رسول الله ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ » . قال : أجتهد رأيي ، ولا آلو . قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ »^(١) . وإن احتاج إلى الاجتهاد ، استحب له أن يشاور ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَشَاوَرَهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾^(٢) . قال الحسن : إن كان رسول الله ﷺ لَغْنِيًّا عن مشاورتهم ، وإنما أراد أن يستن بذلك الحكم بعده^(٣) . وقد شاور النبي ﷺ أصحابه

(٤) شراج الحرة : مسيل الماء منها إلى السهل .

(٥) الجدر : الحائط ، كالجدار .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٦٨/٨ ، ١٦٩ .

(٧) في ب : « الحكم » .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .

(٢) سورة آل عمران ١٥٩ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب مشاورة القاضي والوالي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

. ١٠٩/١٠ .

في أُسارى بَدْرِ^(٤) ، وفي مُصالحَةِ الكُفَّارِ يومَ الخَنْدِقِ^(٥) ، وفي لِقَاءِ الكُفَّارِ يومَ بَدْرِ^(٦) .
 وَرَوَى : ما كان أَحَدٌ أَكْثَرَ مُشاوَرَةً لأَصْحَابِهِ مِنْ رَسولِ اللَّهِ ﷺ^(٧) . وشاورَ أبو بكرٍ
 الناسَ في ميراثِ الجَدَّةِ^(٨) ، وعمرُ في ديةِ الجنينِ^(٩) ، وشاورَ الصحابةَ في حَدِّ
 الخمرِ^(١٠) . وَرَوَى : أنَّ عمرَ كان يَكُونُ عنده جماعةٌ مِنْ أَصْحابِ رَسولِ اللَّهِ ﷺ ،
 منهم عثمانُ وعليٌّ وطلحةُ والزُّبيرُ وعبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ ، إذا نَزَلَ به الأمرُ شاورَهُمْ
 فيه^(١١) . ولا مُخَالَفَ في اسْتِحْبَابِ ذلكَ ، قال أحمدُ : لَمَّا وَلِيَ سَعْدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ قِضَاءَ
 المدينةِ ، كان يجلسُ بين القاسِمِ وسالمٍ يُشاوِرُهُما ، وَوَلِيَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ قِضَاءَ
 الكوفةِ ، فكان يجلسُ بين الحَكَمِ وَحَمَّادٍ يُشاوِرُهُما ، ما أَحْسَنَ / هذا لو كان الحُكَّامُ
 يَفْعَلُونَهُ ، يُشاوِرُونَ وَيَنْتَظِرُونَ . ولأنَّه قد يَنْتَبِهُ بِالمُشاوَرَةِ ، ويتَذَكَّرُ ما نَسِيَهِ بِالمُذاكِرَةِ ،
 ولأنَّ الإحاطَةَ بِجميعِ العُلومِ مُتَعَذِّرَةٌ . وقد يَنْتَبِهُ لِإِصَابَةِ الحَقِّ وَمَعْرِفَةِ الحادِثَةِ مَنْ هُوَ دُونَ
 القاضِي ، فكيفَ بمن يُساوِيهِ أو يَزِيدُ عليه ! فقد رَوَى أَنَّ أبا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عنه ، جاءَهُ الجَدَّتَانِ ، فَوَرَّثَ أُمُّ الأُمِّ ، وَأَسْقَطَ أُمُّ الأَبِ ، فقالَ لَهُ عبدُ الرحمنِ بنُ
 سَهْلٍ : يا خَلِيفَةَ رَسولِ اللَّهِ ، لَقَدْ أَسْقَطْتَ التِّي لو مَاتَتْ وَرِثَها ، وَوَرَّثَتْ التِّي لو^(١٢)
 مَاتَتْ لَمْ يَرِثَها . فرَجَعَ أبو بَكْرٍ ، فَأَشْرَكَ بَيْنَهُما^(١٣) . وَرَوَى عمرُ بْنُ شَبَّةَ ، عَنِ الشَّعْبِيِّ ،

و ١١/١١

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٥/١٣ .

(٥) انظر ما تقدم في : ١٥٦/١٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب غزوة بدر ، من كتاب الجهاد والسير . صحيح مسلم ١٤٠٣/٣ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢١٩/٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وانظر : الدر المنثور ١٦٣/٣ .

(٧) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في المشورة ، من كتاب الجهاد . عارضة الأحوذى ٢١٠/٧ . والبيهقي ،
 في : باب مشاورة الوالي والقاضي في الأمر ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ . والإمام الشافعي ،
 انظر : كتاب الأحكام والأفضية ، من ترتيب المسند ٢٧٧/٢ .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٤/٩ .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٦٠/١٢ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٤/١٢ .

(١١) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب من يشاور ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٣/١٠ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٥/٩ .

أَنَّ كَعْبَ بْنَ سُوْرٍ^(١٤) ، كَانَ جَالِسًا عِنْدَ عَمْرِ ، فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، مَا رَأَيْتُ رَجُلًا قَطُّ أَفْضَلَ مِنْ زَوْجِي ، وَاللَّهِ إِنَّهُ لَيَبِيتُ لَيْلَهُ قَائِمًا ، وَيَظِلُّ نَهَارَهُ صَائِمًا فِي الْيَوْمِ الْحَارِّ مَا يُفْطِرُ . فَاسْتَغْفَرَ لَهَا ، وَأَثْنَى عَلَيْهَا ، وَقَالَ : مِثْلُكَ أَثْنَى^(١٥) الْخَيْرِ . قَالَ : وَاسْتَحْيَيْتِ الْمَرْأَةَ فَقَامَتْ رَاجِعَةً ، فَقَالَ كَعْبٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، هَلَّا أَعْدَيْتِ الْمَرْأَةَ عَلَى زَوْجِهَا ؟ قَالَ : وَمَا شَكَّيْتُ ؟ قَالَ : شَكَّيْتُ زَوْجَهَا أَشَدَّ الشُّكَايَةِ . قَالَ : أَوْ ذَاكَ أَرَادَتْ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : رُدُّوْا عَلَيَّ الْمَرْأَةَ . فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالْحَقِّ أَنْ تَقُولِيهِ ، إِنَّ هَذَا زَعَمَ أَنَّكَ جِئْتِ تَشْكِينِ زَوْجِكَ ، أَنَّهُ يَجْتَنِبُ فِرَاشَكَ . قَالَتْ : أَجَلْ ، إِنِّي امْرَأَةٌ شَابَّةٌ ، وَإِنِّي لَا أَبْتَغِي مَا يَبْتَغِي النِّسَاءُ . فَأُرْسِلَ إِلَى زَوْجِهَا ، فَجَاءَ ، فَقَالَ لِكَعْبٍ : اقْضِ بَيْنَهُمَا . قَالَ : أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَحَقُّ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا . قَالَ : عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتَقْضِيَنَّ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّكَ فَهِمْتَ مِنْ أَمْرِهِمَا مَا لَمْ أَفْهَمْ . قَالَ : فَإِنِّي أُرَى كَأَنَّهَا امْرَأَةٌ^(١٦) عَلَيْهَا ثَلَاثُ نِسْوَةٍ ، هِيَ^(١٧) رَابِعُهُنَّ ، فَأَقْضِيْ لَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهِنَّ^(١٨) يَتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، وَلَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ . فَقَالَ عَمْرٌ : وَاللَّهِ مَا رَأَيْتُكَ الْأَوَّلَ أَعْجَبَ إِلَيَّ مِنَ الْآخِرِ ، أَذْهَبَ فَأَنْتِ قَاضِيَةٌ عَلَى الْبَصَرَةِ^(١٩) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُشَاوِرُ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ فَلَا قَوْلَ

١١/١١ ظ له في الحادثة ، وَلَا يُسَكَّنُ إِلَى قَوْلِهِ . / قَالَ سُفْيَانُ : وَلْيَكُنْ أَهْلُ مَشُورَتِكَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْأَمَانَةِ . وَيُشَاوِرُ الْمُوَافِقِينَ وَالْمُخَالَفِينَ ، وَيَسْأَلُهُمْ عَنْ حُجَّتِهِمْ ، لِيَبَيِّنَ لَهُ الْحَقُّ .

فصل : وَالْمُشَاوَرَةُ هُنَا لِاسْتِخْرَاجِ الْأَدِلَّةِ ، وَيَعْرِفُ الْحَقُّ بِالْاجْتِهَادِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْلَدَ غَيْرَهُ ، وَيُحْكَمَ بِقَوْلِ سِوَاهُ ، سِوَاءَ ظَهَرَ لَهُ الْحَقُّ فَخَالَفَهُ غَيْرُهُ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ شَيْءٌ ، وَسِوَاءَ ضَاقَ الْوَقْتُ ، أَوْ لَمْ يَضِيقْ . وَكَذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُفْتَى الْفُتْيَا بِالتَّقْلِيدِ .

(١٤) في م : « سوار » . خطأ .

(١٥) في ب ، م : « أثنى » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « وهي » .

(١٨) في ب ، م : « بلياليهن » .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٢٣٨/١٠ .

وهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد ، جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد . ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد . ولنا ، أنه من أهل الاجتهاد ، فلم يجز له تقليد غيره ، كما لو كان مثله ، كالمجتهدين في القبلة ، وما ذكره^(٢٠) ليس بصحيح ؛ فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ ، لم يجز له أن يعمل به ، وإن كان لم يبين له الحق ، فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

فصل : قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة ، يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده ، فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ؛ لأن فيه افتياتا عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصا^(٢١) أو إجماعا .

فصل : وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق ، وتثبت بهم الحجج والمحاضر ، فإن كان ممن يحكم بعلمه ، فإن شاء أذناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم / ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه ، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين ، لئلا يقر منهم مقرر ثم ينكر ويجهد ، فيحفظوا عليه إقراره ، ويشهدوا به .

فصل : وإذا اتصلت به الحادثة ، واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لبس ، أمرهما بالصلح ، فإن أبيتا أخرهما إلى البيان ، فإن عجلها قبل

(٢٠) في الأصل : « ذكره » .

(٢١) في الأصل : « قضاء » .

البيان ، لم يصلح حكمه . وممن رأى الإصلاح بين الخصمين ، شريح ، وعبد الله بن عتبة ، وأبو حنيفة ، والشَّعْبِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ . ورؤي عن عمر ، أنه قال : ردُّوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن^(٢٢) . قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح في الأمور المشككة ، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم ، فليس له أن يحملهما على الصلح . ونحوه قول عطاء . واستحسنه ابن المنذر . ورؤي^(٢٣) عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

فصل : وإذا حدثت حادثة ، نظر في كتاب الله ، فإن وجدها ، وإلا نظر في سنة رسوله ، فإن لم يجدها ، نظر في القياس ، فألحقها بأشبه الأصول^(٢٤) بها ؛ لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل ، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة ، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور ، والإمام أحمد ، وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق ، فروى سعيد ، أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله ، فلا تسأل عنه أحدا ، وما لا يتبين لك في كتاب الله ، فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك في السنة ، فاجتهد فيه رأيك^(٢٥) . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

١٢/١١ ظ / ١٨٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ)

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الصلح بين الخصوم ، من كتاب الأقضية والبيوع . المصنف ٢١٣/٧ ، ٢١٤ .

(٢٣) في الأصل : « وروى » .

(٢٤) في م : « الوصول » تحريف .

(٢٥) أخرجه ، عن عمر ، ومن طريق سعيد بن منصور ، البيهقي ، في : باب موضع المشاورة . كما أخرجه عن عمر وابن مسعود ، في : باب ما يقضى به القاضي ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح ، والشَّعْبِي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، ومحمد بن الحسين . وهو أحد قولَي الشَّافعي . وعن أحمد ، رواية أخرى : يجوز له ذلك . وهو قول أبي يوسف ، وأبي ثور ، والقول الثاني للشَّافعي ، واختيار المزي ، لأنَّ النبي ﷺ لما قالت له هند : إنَّ أبا سفيان رجل شحيح ، لا يُعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . قال : « خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف » ^(١) . فحكم لها من غير بينة ولا إقرار ، لعلمه بصديقها . وروى ابن عبد البر ، في « كتابه » أن عروة ومجاهداً رويًا ، أن رجلاً من بني مخزوم استعدي عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب ، أنه ظلمه حدًا في موضع كذا وكذا . قال عمر : إني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ، ونحن غلمان ، فأتيت أبي سفيان . فأتاه به ، فقال له عمر : يا أبا سفيان ، انهض بنا إلى موضع كذا وكذا . فنهضوا ، ونظر عمر ، فقال : يا أبا سفيان ، خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا . فقال : والله لا أفعل . فقال : والله لتفعلن . فقال : والله لا أفعل . فعلاه بالدرّة ، وقال : خذه لا أم لك ، فضعه ههنا ، فإنك ما علمت قديم الظلم . فأخذ أبو سفيان الحجر ، ووضعه حيث قال عمر ، ثم إنَّ عمر استقبل القبلة ، فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تُمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأذلتني لي بالإسلام . قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان ، وقال : اللهم لك الحمد ، إذ لم تُمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر . قال ^(٢) : فحكم بعلمه . ولأنَّ الحاكم يحكم بالشاهدين ، لأنَّهما يغلبان على الظن ، فما تحقَّقه وقطع به ، كان أولى ، ولأنَّه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، فكذلك في ثبوت الحق ، قياسًا / عليه . وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله ، لا يحكم فيه بعلمه ؛ لأنَّ حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأمَّا حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته ^(٣) لم ^(٤) يحكم به ، وما علمه في

١٣/١١ و

(١) تقدم تخريجه ، في : ٣٤٨/١١ .

(٢) في ب ، م : « قالوا » .

(٣) في الأصل : « ولاية » .

(٤) في الأصل : « لا » .

وَلَايَتِهِ ، حَكَمَ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَا عَلِمَهُ قَبْلَ وَلَايَتِهِ بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ ، وَمَا عَلِمَهُ فِي وَلَايَتِهِ ، بِمَنْزِلَةِ مَا سَمِعَهُ مِنَ الشُّهُودِ فِي وَلَايَتِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ » ^(٥) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي بِمَا يَسْمَعُ ، لَا بِمَا يَعْلَمُ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَضِيَّةِ الْحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَاكَ » ^(٦) . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ تَدَاعَى عَنْدَهُ رَجُلَانِ ، فَقَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَنْتَ شَاهِدِي . فَقَالَ : إِنْ شِئْتُمَا شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكَمْ ، أَوْ أَحْكَمْ وَلَا أَشْهَدُ ^(٧) . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، ^(٨) فِي « كِتَابِهِ » ^(٩) ، عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أَبَا جَهْمٍ عَلَى الصَّدَقَةِ ^(٩) ، فَلَا حَاحَ رَجُلٌ فِي فَرِيضَةٍ ، فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ ، فَأَتَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَعْطَاهُم الْأَرْضَ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنِّي خَاطَبْتُ النَّاسَ ، وَمُخِيرُهُمْ أَنْكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرْضِيتُمْ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ . فَصَعَدَ النَّبِيُّ ﷺ الْمِنْبَرَ ^(١٠) ، فَخَطَبَ ، وَذَكَرَ الْقِصَّةَ ،

(٥) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ الْيَمِينِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ، وَفِي : بَابٍ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ كَثِيرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْحِيلِ . وَفِي : بَابٍ مَوْعِظَةُ الْإِمَامِ لِلْخَصْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٣٥/٣ ، ٣٢/٩ ، ٨٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْحُكْمِ بِالظَّاهِرِ وَاللَّحْنِ بِالْحُجَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٣٧/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابٍ فِي قَضَاءِ الْقَاضِي إِذَا أَخْطَأَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٧٠/٢ ، ٢٧١ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابٍ مَا جَاءَ فِي التَّشْدِيدِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨٣/٦ ، ٨٤ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْحُكْمِ بِالظَّاهِرِ ، وَبَابٍ مَا يَقْطَعُ الْقَضَاءُ ، مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ . الْمُجْتَبَى ٢٠٥/٨ ، ٢١٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ قَضِيَّةِ الْحَاكِمِ لَا تَحِلُّ حَرَامًا وَلَا تَحْرُمُ حَلَالًا ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٧٧٧/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ التَّرْغِيبِ فِي الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٧١٩/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠٣/٦ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ .

(٦) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابٍ وَعِيدٌ مِنْ اقْتِطَعَ حَقُّ مُسْلِمٍ يَمِينُ فَاجِرَةٌ بِالنَّارِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣/١ ، ١٢٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابٍ فِي مَنْ حَلَفَ بِمِينَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ ، وَفِي : بَابِ الرَّجُلِ يَحْلِفُ عَلَى عِلْمِهِ فِيمَا غَابَ عَنْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٩٨/٢ ، ٢٨٠ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابٍ مَا جَاءَ فِي أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدْعَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨٦/٦ .

(٧) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَدْعِي شَهَادَةَ الْقَاضِي أَوْ الْوَالِي ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُصَنَّفُ ٥٣٨/٦ .

(٨-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فَأَعْطَاهُمْ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

وقال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » قالوا : لا . فهُمْ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ ، فَنَزَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَعْطَاهُمْ ، ثُمَّ صَعَّدَ ، فَخَطَبَ النَّاسَ ، ثُمَّ قَالَ : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » . قالوا : نعم ^(١١) . وهذا يُبَيِّنُ أَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ بِعِلْمِهِ .

وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَوْ رَأَيْتُ حَدًّا عَلَى رَجُلٍ ، لَمْ أُحْدِهِ ^(١٢) حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ . وَلَأنَّ تَجْوِيزَ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ يُفْضِي إِلَى تَهْمَتِهِ ، وَالْحُكْمُ بِمَا اشْتَهَى ، وَيُجِيلُهُ عَلَى عِلْمِهِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي سَفْيَانَ ، فَلَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قُتِيَ لَا حُكْمًا ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْتَى فِي حَقِّ أَبِي سَفْيَانَ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ ، وَلَوْ كَانَ / حُكْمًا عَلَيْهِ لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ فِي غَيْبَتِهِ . وَحَدِيثُ عُمَرَ الَّذِي رَوَاهُ ، كَانَ إِنْكَارًا لِلْمُنْكَرِ رَأَاهُ ، لَا حُكْمًا ^(١٣) ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ مَا وَجَدَتْ مِنْهُمَا دَعْوَى وَإِنْكَارٌ بِشُرُوطِهِمَا ، وَدَلِيلِ ذَلِكَ مَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ حُكْمًا ، كَانَ مُعَارَضًا بِمَا رَوَيْنَاهُ عَنْهُ ، وَيَفَارِقُ الْحُكْمَ بِالشَّاهِدَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُفْضِي إِلَى تَهْمَةٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَأَمَّا الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ ، فَإِنَّهُ يَحْكُمُ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَحْكَمْ فِيهِ بِعِلْمِهِ ، لَتَسَلَّسَلَ ، فَإِنَّ الْمُزَكِّيَّ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَالَتِهِمَا وَجَرَحِهِمَا ، فَإِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِعِلْمِهِ ، احتَاجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مُزَكِّيٍّ ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى مُزَكِّيٍّ ، فَيَتَسَلَّسَلُ ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ بِخِلَافِهِ .

فصل : وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ فِي مَجْلَسِ حُكْمِهِ ، إِذَا سَمِعَهُ مَعَهُ شَاهِدَانِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْمَعْهُ مَعَهُ أَحَدٌ ، أَوْ سَمِعَهُ شَاهِدٌ ، فَنَصَّ أَحَدُهُ عَلَى أَنَّهُ يَحْكُمُ بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَحْكُمُ بِهِ حَتَّى يَسْمَعَ مَعَهُ شَاهِدَانِ ؛ لِأَنَّهُ حَكَمَ بِعِلْمِهِ .

(١١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْعَامِلِ يَصَابُ عَلَى يَدَيْهِ خَطَأً ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٤٨٩/٢ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ السُّلْطَانِ يَصَابُ عَلَى يَدَيْهِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٣١/٨ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْجَارِحِ يَفْتَدِي بِالْقَوْدِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ ٨٨١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٣٢/٦ .

(١٢) فِي بَيِّنَةٍ : « مِنْهُ » .

(١٣) كَذَا وَرَدَ فِي النُّسخِ .

١٨٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُضُ^(١) مِنْ حُكْمٍ غَيْرِهِ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ، إِلَّا مَا خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إجماعاً)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه ، نظرت ؛ فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع ، نقض حكمه . وهذا قال الشافعي ، وزاد : إذا خالف قياساً^(٢) جلياً نقضه . وعن مالك ، وأبي حنيفة ، أنهما قالاً : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع . ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه . وقال أبو حنيفة : إذا حكم ببيع متروك التسمية ، أو حكم / بين العبيد بالقرعة ، نقض حكمه . وقال محمد ١٤/١١ ابن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين ، نقض حكمه . وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف ، فلم ينقض حكمه فيه ، كما لا نص فيه . وحكى عن أبي ثور ، وداود ، أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ؛ لأن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أبي موسى : لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك^(٣) ، أن تراجع فيه الحق ؛ فإن الرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل^(٤) . ولأنه خطأ ، فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه . ولنا ، على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً ، أنه قضاء لم يصادف شرطه ، فوجب نقضه ، كما لو لم يخالف الإجماع ، وبيان مخالفته للشرط ، أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص ، بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة ، فقد فرط ، فوجب نقض حكمه ، كما

(١) في الأصل : « ينقض » .

(٢) في م : « نصا » .

(٣) في الأصل : « إلى رشدك » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، من كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/ ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

لو خالف الإجماع ، أو كمالو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم .
 فإن قيل : أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ، ثم بان له الخطأ لم يعد ؟ قلنا : الفرق بينهما
 من ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أن استقبال القبلة يسقط حال العذر^(٥) ، في حال
 المسايقة^(٦) والخوف من عدو^(٧) أو سيل^(٧) أو سبع أو نحوه ، مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق
 إلى غيره مع العلم بحال . الثاني ، أن الصلاة من حقوق الله تعالى ، تدخلها المسامحة .
 الثالث ، أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة ، فيشقق القضاء . [و]^(٨) ههنا إذا بان له
 الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك . وأما / إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا
 إجماعاً ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله ، لم ينتقضه^(٩) لمخالفته ؛ لأن الصحابة ،
 رضى الله عنهم ، أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده ، وخالفه
 عمر ، ولم ينتقض أحكامه ، وعلى خالف عمر في اجتهاده ، فلم ينتقض أحكامه ،
 وخالفهما على ، فلم ينتقض أحكامهما ، فإن أبا بكر سوى بين الناس في العطاء ،
 وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ، ففاضل بين الناس ، وخالفهما على فسوى بين الناس
 وحرّم العبيد ، ولم ينتقض واحد منهم ما فعله من قبله^(١٠) ، وجاء أهل نجران إلى على
 فقالوا : يا أمير المؤمنين ، كتابك بيدك ، وشفاعتك بلسانك . فقال : ويحكم ، إن
 عمر كان رشيد الأمر ، ولن أردد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد^(١١) . ورؤي أن عمر
 حكم في المشركة بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شرك^(١٢) بينهم بعد ، وقال : تلك

(٥) في الأصل زيادة : « فيه » .

(٦) في الأصل ، ١ : « المسابقة » .

(٧-٧) سقط من : ب ، م .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « ينتقضه » .

(١٠) انظر ما تقدم في : ٣٠/٩ .

(١١) وأخرجه البيهقي ، في : باب من اجتهد من الحكم ثم تغير اجتهاده ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن
 الكبرى ١٢٠/١٠ .

(١٢) في الأصل : « يشرك » .

على ما قضينا ، وهذه على ما قضينا^(١٣) . وقضى في الجد بقضايا مختلفة ، ولم يرد الأولى^(١٤) . ولأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ، وهذا يؤدي إلى أن لا يثبت الحكم أصلاً ؛ لأن الحاكم^(١٥) الثاني يخالف الذي قبله ، والثالث يخالف الثاني ، فلا يثبت حكم . فإن قيل : فقد روي أن شريحاً حكم في ابني عم ، أحدهما أخ لأُم ، أن المال للأخ ، فرفع ذلك إلى علي ، رضي الله عنه ، فقال : علي بالعيد . فجيء به . فقال : في أي كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(١٦) . فقال له علي : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّ ﴾^(١٧) . ونقض حكمه^(١٨) . قلنا : لم يثبت عندنا أن علياً نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون علي / رضي الله عنه ، اعتقد أنه خالف نص الكتاب في الآية التي ذكرها ، فنقض حكمه لذلك .

فصل : إذا تغير اجتهاده قبل الحكم ، فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول ؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقده أنه باطل ، وهذا كما قلنا في من تغير اجتهاده في القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصلي ، صلى^(١٩) إلى الجهة التي تغير اجتهاده إليها . وكذلك^(٢٠) إذا بان فسق الشهود قبل الحكم ، لم يحكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحكم ، لم ينقضه .

(١٣) أخرجه البيهقي في الموضع السابق . وانظر ما تقدم في : ٢٤ / ٩ .

(١٤) انظر : ما أخرجه الدارمي ، في : باب في قول عمر في الجد ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٣٥٤ / ٢ .

(١٥) في ب : « الحكم » .

(١٦) سورة الأنفال ٧٥ .

(١٧) سورة النساء ١٢ .

(١٨) أخرجه البيهقي ، في : باب ميراث ابني عم ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٢٣٩ / ٦ ، ٢٤٠ .

وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في ابني عم أحدهما أخ لأُم ، من كتاب الفرائض . السنن ٦٤ / ١ / ٣ .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

(٢٠) في ب ، م : « ولذلك » .

فصل : وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يؤلى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر في الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء ، فما وافق من أحكامه الصواب ، أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً ، لم يسع نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة ، وكان في حق الله تعالى ، كالعتاق والطلاق ، نقضه ؛ لأن له النظر في حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمي ، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه ؛ لأن الحاكم لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبة ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه . وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء ، نقضت قضايا المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ؛ لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كلاقضاء ، لعدم شرط القضاء فيه ، وليس في نقض قضايا نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأن الأول ليس باجتهاد ، ولا ينقض ما وافق الصواب ؛ لعدم الفائدة في نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه . وقال أبو الخطاب : ينقض قضاياها كلها ؛ ما أخطأ فيه وما أصاب . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن وجود قضائه كعدمه . ولا أعلم فيه فائدة ، فإن / الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم ، لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

١١/١٥ ظ

فصل : وحكم الحاكم لا يزِيل الشيء عن صفة ، في قول جمهور العلماء ؛ منهم مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم^(٢١) بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً ، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته ، فقبلهما القاضي بظاهري عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها ، وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة ، وهو يعلم أنه كاذب ، وأقام شاهدين زور ، فحكم الحاكم ، خلث له بذلك ، وصارت زوجته . قال ابن المنذر : وتفرّد أبو حنيفة ، فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين ،

(٢١) سقط من : الأصل .

شَهِدَا لَهَا بِطَلَاقِ زَوْجِهَا، وَهَمَا يَعْلَمَانِ^(٢٢) كَذِبَهَا وَتَزْوِيرَهَا^(٢٢)، فَحُكِمَ الْحَاكِمُ بِطَلَاقِهَا،
لِحَلِّهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَحَلَّ لِأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ نِكَاحُهَا. وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحُهَا، فَرَفَعَهَا إِلَى عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَشَهِدَ لَهُ
شَاهِدَانِ بِذَلِكَ، فَقَضَى بَيْنَهُمَا بِالزَّوْجِيَّةِ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا تَزَوَّجَنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ،
اعْقِدْ بَيْنَنَا عَقْدًا حَتَّى أَحِلَّ لِي. فَقَالَ: شَاهِدَاكَ زَوْجَاكِ. فَدَلَّ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ ثَبَتَ
بِحُكْمِهِ. وَلَئِنَّ اللَّعَانَ يَنْفَسِيخُ^(٢٣) بِهِ النِّكَاحُ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا، فَالْحُكْمُ أَوْلَى.
وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ يَكُونُ
الْحَنَّ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ
حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً / مِنَ النَّارِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢٤). وَهَذَا
يَدْخُلُ فِيهِ مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا، فَحُكِمَ لَهُ، وَلَئِنَّ حُكْمَ بِشَهَادَةِ زَوْرٍ، فَلَا
يُحِلُّ لَهُ مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ، كَالْمَالِ الْمُطْلَقِ. وَأَمَّا الْخَبْرُ عَنْ عَلِيٍّ إِنْ صَحَّ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ
فِيهِ؛ لَأَنَّهُ أَضَافَ التَّزْوِيجَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ، لَا إِلَى حُكْمِهِ، وَلَمْ يُجِبْهَا إِلَى التَّزْوِيجِ؛ لِأَنَّ فِيهِ
طَعْنًا عَلَى الشُّهُودِ. فَأَمَّا اللَّعَانُ، فَإِنَّمَا حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ بِهِ، لَا بِصِدْقِ الزَّوْجِ، وَلِهَذَا
قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ، لَمْ يَنْفَسِيخِ النِّكَاحُ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا، فَإِذَا شَهِدَ عَلَى امْرَأَةٍ بِنِكَاحٍ، وَحُكِمَ
بِهِ الْحَاكِمُ، وَلَمْ تَكُنْ زَوْجَتُهُ، فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ، وَيَلْزَمُهَا فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَمْتَنِعَ مَا
أَمَكْنَهَا، فَإِنْ أَكْرَهَهَا عَلَيْهِ، فَلَا لَئِمَّ عَلَيْهِ دُونَهَا، وَإِنْ وَطَّئَهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا،
وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: عَلَيْهِ الْحَدُّ؛ لَأَنَّهُ وَطَّئَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ. وَقِيلَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ؛
لَأَنَّهُ وَطَّئَ مُخْتَلَفٌ فِي حِلِّهِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ. وَقَالَ
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ: تَحِلُّ لَزَوْجٍ ثَانٍ، غَيْرَ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنْهُ فِي الْحُكْمِ. وَقَالَ الْقَاضِي:
يَصِحُّ النِّكَاحُ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا يُفْضَى إِلَى الْجَمْعِ بَيْنِ الْوُطْءِ لِلْمَرْأَةِ مِنْ اثْنَيْنِ، أَحَدُهُمَا
يَطْوَئُهَا بِحُكْمِ الظَّاهِرِ، وَالْآخَرُ بِحُكْمِ الْبَاطِنِ. وَهَذَا فِسَادٌ، فَلَا يُشْرَعُ،

(٢٢ - ٢٢) فِي النِّسْخِ: «كَذِبَهُمَا وَتَزْوِيرَهُمَا». وَالثَّبُوتُ مِنْ: الشَّرْحِ الْكَبِيرِ ٢٠٧/٦.

(٢٣) فِي الْأَصْلِ: «يَفْسَخُ».

(٢٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ، فِي صَفْحَةِ ٣٢.

ولأنها منكوحة لهذا الذي قامت له البيّنة ، في قول بعض الأئمة ، فلم يجز^(٢٥) تزويجها
لغيره ، كالمُتزوّجة بغير وليّ . وحكى أبو الخطاب ، عن أحمد ، رواية أخرى ، مثل
مذهب أبي حنيفة ، في أن حكم الحاكم يُزيل الفسوخ والعقود . والأوّل هو المذهب .

فصل : وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أنه يلزمه
أن يُعديه ، ويستدعي خصمه ، سواء علّم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان
المُستعدى ممن يُعامل المُستعدى عليه أو لا^(٢٦) يُعامله ، كالفقير يدعى على ذي ثروة
وهيئة . نصّ على هذا ، في رواية / الأثرم ، في الرجل يستعدى ، على الحاكم ، أنه
يُحضره ويستحلفه . وهذا اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنّ في
تركه تضييعاً للحقوق ، وإقراراً للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه
بغضب ، أو يشتري منه شيئاً ولا يُوفيه ، أو يودعه شيئاً ، أو يُعيّره إياه فلا^(٢٧) يرّده ، ولا
تُعلّم بينهما معاملة ، فإذا لم يُعد عليه ، سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس
الحاكم ، فإنه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد^(٢٧) ، وحضر هو وآخر عند
شريح ، وحضر عليّ عند شريح^(٢٨) ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد
الله . والرواية الثانية ، لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ، ويتبين أن لما ادّعاه أصلاً .
رُوي ذلك عن عليّ ، رضي الله عنه . وهو مذهب مالك ؛ لأنّ في ادّعائه على كلّ أحد تبذيل
أهل المروءات ، وإهانة لذوى الهيئات ، فإنه لا يشاء أحد أن يُبدّلهم عند الحاكم إلا فعل ،
وربما فعل هذا من لا حق له ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشرّ خصمه بطائفة من

(٢٥) في الأصل : « يجب » .

(٢٦) في الأصل : « لم » .

(٢٧) في الأصل : « فلم » .

(٢٨) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

ماله ، والأولى أولى ؛ لأنَّ ضررَ تضييع الحقِّ أعظمُ من هذا . وللمُستعدى (٢٩) عليه أن يُوكِّل مَنْ يقومُ مقامه إن كره الحضور . وإن كان المُستعدى (٢٩) عليه امرأةً نظرت ؛ فإن كانت برزةً ، وهى التى تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، فحكمها حكمُ الرجل . وإن كانت مُخدرةً ، وهى التى لا تبرزُ لقضاءِ حوائجها ، أمرت بالتوكيل . فإن توجَّهت اليمينُ عليها ، بعث الحاكمُ أمينًا معه شاهدان ، فيستخلفها بحضرتيهما ، فإن أقرت ، شهدا عليها . وذكر القاضي أنَّ الحاكمَ يبعثُ مَنْ يَقْضِي بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا فِي دَارِهَا . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « وَاعْذُ يَا أَيُّسُّ إِلَى أَمْرَةِ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمَهَا » (٣٠) . فبعث إليها ولم يستدعها . وإذا حضروا عندها ، كان بينها وبينهم سترٌ تتكلَّم من وراءه ، / فإن اعترفت للمدعى أنَّها خصمه ، حكمَ بينهما ، وإن أنكرت ذلك ، جرىء بشاهدين من ذوى رَحِمِهَا ، يشهدان أنَّها المدعى عليها ، ثم يُحكمُ بينهما ، فإن لم تكن له يئنةٌ ، التَّحَفَّتْ بِجَلَابِهَا ، وأُخْرِجَتْ مِنْ وَرَاءِ السِّتْرِ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ . وما ذكرناه أولى ، إن شاء الله ؛ لأنَّه أسترُّ لها ، وإذا كانت خفيرةً ، منعها الحياءُ مِنَ النُّطْقِ بِحُجَّتِهَا ، والتَّعْبِيرِ عَنْ نَفْسِهَا ، سِيَّما مع جَهْلِهَا بِالْحُجَّةِ ، وَقِلَّةِ مَعْرِفَتِهَا بِالشَّرْعِ وَحُجَجِهِ .

و ١٧/١١

فصل : ولا يخلو المُستعدى عليه من أن يكونَ حاضرًا أو غائبًا ؛ فإن كان حاضرًا فى البلدِ أو قريبًا منه ، فإن شاء الحاكمُ بعثَ مع المُستعدى عَوْنًا يُحْضِرُ المدعى عليه ، وإن شاء بعثَ معه قِطْعَةً مِنْ شَمْعٍ أو طِينٍ مَخْتُومًا بِخَاتَمِهِ ، فإذا بعثَ معه خَتْمًا ، فعادَ فذكرَ أنَّه امتنع ، أو كسرَ الخَتْمَ ، بعثَ إليه عَوْنًا (٣١) ، فإن امتنع ، أنفذَ صاحبُ المَعُونَةِ فَأَحْضَرَهُ ، فإذا حضرَ وشهدَ عليه شاهدانِ بالامتناعِ ، عزَّره إن رأى ذلك ، بحسَبِ مَا يَرَاهُ ، تَأْذِيًّا لَهُ ، إما بالكلامِ وكَشْفِ رَأْسِهِ ، أو بالضَّرْبِ أو بِالْحَبْسِ ، فإن

(٢٩) فى م : « وللمستدعى » .

(٣٠) تقدم تخريجه ، فى : ٣١٣/١٢ .

(٣١) فى ب ، م : « عيونا » .

اِخْتِبَاءً بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ ثَلَاثًا أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ سَمَّرَ بَابَهُ ، وَخَتَمَ عَلَيْهِ ، وَيَجْمَعُ أَمَائِلَ جِيرَانِهِ وَيُشْهِدُهُمْ عَلَى إِعْذَارِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، وَسَأَلَ الْمُدْعَى أَنْ يُسَمَّرَ عَلَيْهِ مَنْزِلُهُ ، وَيَخْتَمَ عَلَيْهِ . وَتَقَرَّرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّ الْمَنْزَلَ مَنْزِلُهُ ، سَمَّرَهُ أَوْ خَتَمَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يُنَادِي عَلَى بَابِهِ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ عَدِلٍ ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ مَعَ فَلَانٍ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، أَقَامَ عَنْهُ وَكَيْلًا ، وَسَمِعَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ ، وَحَكَمَ عَلَيْهِ كَمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، وَقَضَى حَقَّهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . حَكَاهُ عَنْهُمْ أَحْمَدُ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ ، فَكَانَ أَحْمَدُ يُنْكِرُ التَّهْجُمَ عَلَيْهِ ، وَيُسْتَدُّ عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ . / ١١/١٧ ظ

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ عَلِمَ لَهُ مَكَانًا ، أَمَرَ بِالْهُجُومِ عَلَيْهِ ، فَيَبْعَثُ خَصْمِيًّا أَوْ غُلَمَانًا لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ ، وَثِقَاتٍ مِنَ النِّسَاءِ مَعَهُمْ ذَوُو عَدْلٍ مِنَ الرِّجَالِ ، فَيَدْخُلُ النِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانَ ، فَإِذَا حَصَلُوا فِي صَحْنِ الدَّارِ دَخَلَ الرِّجَالُ ، وَيُؤْمَرُ الْخَصْمِيَّانِ بِالتَّفْتِيْشِ ، وَيَتَفَقَّدُ^(٣٢) النِّسَاءُ النِّسَاءَ ، فَإِنْ^(٣٣) ظَفَرُوا بِهِ ، أَخَذُوهُ فَأَحْضَرُوهُ . وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى غَائِبٍ نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْغَائِبُ فِي غَيْرِ وِلَايَةِ الْقَاضِي ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْدَى عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا سَنَدُكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ فِي وِلَايَتِهِ ، وَلَهُ فِي بَلَدِهِ خَلِيفَةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ ، وَكُتِبَ بِهِ إِلَى خَلِيفَتِهِ ، وَلَمْ يُحْضَرْهُ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةً ، نَفَّذَهُ إِلَى خَصْمِهِ لِيُخَاصِمَهُ عِنْدَ خَلِيفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ^(٣٤) فِيهِ خَلِيفَةٌ ، وَكَانَ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ ،^(٣٥) أَذِنَ لَهُ فِي الْحُكْمِ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ^(٣٥) ، قِيلَ لَهُ : حَرِّزْ دَعْوَاكَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَا يَدَّعِيهِ لَيْسَ بِحَقٍّ عِنْدَهُ ، كَالشُّفْعَةِ لِلجَارِ ، وَقِيَمَةِ الْكَلْبِ ، أَوْ خَمْرِ الدَّمِيِّ ، فَلَا يُكَلِّفُهُ الْحُضُورَ لِمَا لَا يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ ، مَعَ الْمَشَقَّةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْحَاضِرِ ، فَإِنَّهُ لَا مَشَقَّةَ فِي حُضُورِهِ ، فَإِذَا تَحَرَّرَتْ ، بَعَثَ فَأَحْضَرَ خَصْمَهُ

(٣٢) فِي الْأَصْلِ : « وَيَتَفَقَّدُونَ » .

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « فَإِذَا » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٥-٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

بَعْدَتِ الْمَسَافَةُ أَوْ قَرِبَتْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : إِنْ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُحْضَرَ وَيُعَوَّدَ فَيَأْوِي إِلَى مَوْضِعِهِ ، أَخْضَرَهُ ، وَإِلَّا لَمْ يُحْضَرَهُ ، وَيُوجَّهُ^(٣٦) مَنْ يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا . وَقِيلَ : إِنْ كَانَتِ الْمَسَافَةُ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، أَخْضَرَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ فَصْلِ الْخُصُومَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ ، فَعَلَّ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْحُضُورِ ، فَإِنَّهُ يُؤَدَّبُ وَيُعَزَّرُ ، وَلَئِنْ إلْحَاقَ الْمَشَقَّةِ بِهِ أَوَّلَى مِنَ إلْحَاقِهَا بِمَنْ يَنْفِذُهُ الْحَاكِمُ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَتِ امْرَأَةٌ بَرَزَتْ ، لَمْ يُشْتَرَطْ فِي سَفَرِهَا هَذَا مَحْرَمٌ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيِّ ، وَحَقِّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الشُّعْحِ وَالضُّيْقِ .

١٨/١١ **فصل :** وَإِنْ اسْتَعْدَى عَلَى الْحَاكِمِ الْمَعْزُولِ ، لَمْ يُعَدِّهِ حَتَّى يَعْرِفَ مَا يَدَّعِيهِ ، / فَيَسْأَلُهُ عَنْهُ ، صِيَانَةً لِلْقَاضِي عَنِ الْاِمْتِهَانِ . فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا مِنْ دَيْنٍ أَوْ غَضَبٍ ، أَعْدَاهُ عَلَيْهِ^(٣٧) ، وَحَكَمَ بَيْنَهُمَا كَغَيْرِ الْقَاضِي . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُ رِشْوَةً عَلَى الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ أَخْذَ الرِّشْوَةِ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ ، فَهِيَ كَالْغَضَبِ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْجَوْرَ فِي الْحُكْمِ ، وَكَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، أَخْضَرَهُ ، وَحَكَمَ بِالْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُحْضَرُهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِيحْضَارِهِ وَسُؤَالِهِ اِمْتِهَانًا لَهُ ؛ وَأَعْدَاءُ الْقَاضِي كَثِيرٌ ، وَإِذَا فَعَلَ هَذَا مَعَهُ ، لَمْ يُؤْمَرْ إِلَّا بِدُخُلِ فِي الْقَضَاءِ أَحَدٌ ، خَوْفًا مِنْ عَاقِبَتِهِ . وَالثَّانِي ، يُحْضَرُهُ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَعْتَرَفَ ، فَإِنْ حَضَرَ وَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَاضِي مَقْبُولٌ بَعْدَ الْعَزْلِ ، كَمَا يُقْبَلُ فِي وِلَايَتِهِ . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ^(٣٨) أَنَّهُ قَتَلَ ابْنَهُ ظُلْمًا ، فَهَلْ يَسْتَحْضَرُهُ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ أَخْضَرَهُ ، فَاعْتَرَفَ ، حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَخْرَجَ عَيْنًا مِنْ يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ لِلْمَحْكُومِ لَهَا ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى شَاهِدَيْنِ أَنَّهُمَا شَهِدَا عَلَيْهِ زُورًا ، أَخْضَرَهُمَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَا ، أَغْرَمَهُمَا ، وَإِنْ أَنْكَرَا ، وَلِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا بِذَلِكَ ، فَأَقَامَهَا ، لِزِمَمِهِمَا ذَلِكَ ، وَإِنْ

(٣٦) فِي م : « وَيُوجَدُ » تَحْرِيفٌ .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

أَنْكَرَ لَمْ يُسْتَحْلَفَا ؛ لِأَنَّ إِخْلَافَهُمَا يُطَرَّقُ^(٣٩) عَلَيْهِمَا الدَّعَاوَى فِي الشَّهَادَةِ وَالْامْتِهَانِ ،
وَرُبَّمَا مَنَعَ ذَلِكَ إِقَامَةَ الشَّهَادَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

١٨٦٩ - مسألة ، قال : (وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ عَدَّلَهُ
أَثْنَانِ ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ)

وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدين ، فإن عرفهما عدلين ، حكم بشهادتهما ،
وإن عرفهما فاسقين ، لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما ، سأل عنهما ؛ لأن معرفة العدالة
شُرْطٌ فِي قَبُولِ / الشَّهَادَةِ بِجَمِيعِ الْحُقُوقِ . وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد .
وعن أحمد ، رواية أخرى : يَحْكُمُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا عَرَفَ إِسْلَامَهُمَا ، بظاهر الحال ، إلا
أن يقول الخصم : هما فاسقان . وهذا قول الحسن . والمال والحديث في هذا سواء ؛ لأن الظاهر
من المسلمين العدالة ، ولهذا قال عمر ، رضى الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على
بعض^(١) . وروى ، أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ ، فشهد بروية الهلال ، فقال له^(٢) النبي
ﷺ : « أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ؟ » . فقال : نعم . فقال : « أَتَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ
اللَّهِ ؟ » . قال : نعم : فصام ، وأمر الناس بالصيام^(٣) . ولأن العدالة أمر خفي ، سببها
الخوف من الله تعالى ، ودليل ذلك الإسلام ، فإذا وجد ، فليكتف به ، ما لم يقم على خلافه
دليل . وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفي سائر الحقوق كالثانية ؛
لأن الحدود والقصاص مما يُحْتَاطُ لهما^(٤) ، وتندرى بالشبهات ، بخلاف غيرهما^(٥) .
ولنا ، أن العدالة شُرْطٌ ، فوجب العلم بها ، كالإسلام ، وكما^(٦) لو طعن الخصم فيهما .
فأما الأعرابي المسلم ، فإنه كان من أصحاب رسول الله ﷺ ، وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله

(٣٩) يطرق عليهما : يجزر عليهما .

(١) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٤١٧/٤ .

(٤) في ب ، م : « لها » .

(٥) في ب ، م : « غيرها » .

(٦) في ب ، م : « أو كما » .

تعالى عليهم ، فَإِنَّ مَنْ تَرَكَ دِينَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِيْشَارًا لِدِينِ الْإِسْلَامِ ، وَصَحْبَ^(٧) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ثَبَّتَ عَدَالَتَهُ . وَأَمَّا قَوْلُ عُمَرَ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنَّ الظَّاهِرَ الْعَدَالَةُ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ فِي وُجُوبِ الْبَحْثِ وَمَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْعَدَالَةِ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ أُتِيَ بِشَاهِدَيْنِ ، فَقَالَ لَهُمَا^(٨) : لَسْتُ أَعْرِفُكُمَا ، وَلَا يَضُرُّكُمَا إِنْ لَمْ أَعْرِفُكُمَا ، جِئْتَا بَمَنْ يَعْرِفُكُمَا . فَأَتَى بِرَجُلٍ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : تَعْرِفُهُمَا ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَ عُمَرُ : صَحِبْتُهُمَا فِي السَّفَرِ الَّذِي تَبَيَّنُ فِيهِ جَوَاهِرُ النَّاسِ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : عَامَلْتُهُمَا فِي الدَّنَانِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ الَّتِي تُقَطَّعُ فِيهِمَا^(٩) الرَّحِمُ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : كُنْتَ جَارَهُمَا^(١٠) تَعْرِفُ صَبَاحَهُمَا وَمَسَاءَهُمَا ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : يَا ابْنَ أَخِي ، لَسْتُ تَعْرِفُهُمَا ، جِئْتَا بَمَنْ يَعْرِفُكُمَا^(١١) . / وهذا بحثٌ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِدُونِهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ يُعْتَبَرُ فِيهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ الْإِسْلَامُ ، وَالْبُلُوغُ ، وَالْعَقْلُ ، وَالْعَدَالَةُ ، وَلَيْسَ فِيهَا مَا يَخْفَى وَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ إِلَّا الْعَدَالَةُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَحْثِ عَنْهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الْكُفَّارِ ﴾^(١٢) . وَلَا نَعْلَمُ أَنَّهُ مَرْضِيٌّ حَتَّى نَعْرِفَهُ ، أَوْ نُخْبَرَ عَنْهُ ، فَيَأْمُرُ الْحَاكِمُ بِكُتُبِ أَسْمَائِهِمْ ، وَكُنَاهِهِمْ ، وَنَسَبِهِمْ ، وَيَرْفَعُ^(١٣) فِيهَا بِمَا يَتَمَيِّزُونَ بِهِ عَنْ غَيْرِهِمْ ، وَيَكْتُبُ صَنَائِعَهُمْ ، وَمَعَائِشَهُمْ ، وَمَوَاضِعَ مَسَاكِينِهِمْ ، وَصَلَاتِهِمْ ؛ لَيْسَأَلْ عَنْهُمْ^(١٤) جِيرَانَهُمْ ، وَأَهْلَ سُوقِهِمْ ، وَمَسْجِدِهِمْ ، وَمَحَلَّتِهِمْ ، وَنَحْلَتِهِمْ^(١٥) ، فَيَكْتُبُ : أَسْوَدُ أَوْ أَيْضُ ، أَوْ أَنْزَعُ أَوْ أَعْمُ ، أَوْ أَشْهَلُ أَوْ أَكْحَلُ ، أَقْنَى الْأَنْفِ أَوْ أَفْطَسُ ، أَوْ رَقِيقُ الشَّفْتَيْنِ أَوْ غَلِيظُهَا ، طَوِيلٌ

(٧) فِي م : « وَصَحْبَةٌ » .

(٨) فِي ب زِيَادَةٌ : « عُمَرُ » .

(٩) فِي ب ، م : « فِيهَا » .

(١٠) فِي ب ، م : « جَارَاهُمَا » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي السُّؤَالِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَعْرِفَتُهُ بَاطِنَةً مُتَقَادِمَةً ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢٥/١٠ ، ١٢٦ . وَالْعَقِيلِيُّ ، فِي : الضَّعَفَاءِ الْكُبْرَى ٤٥٤/٣ ، ٤٥٥ . وَفِيهِمَا أَنَّهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(١٣) فِي ب ، م : « وَيَرْفَعُونَ » .

(١٤) فِي م : « عَنْ » .

(١٥) لَمْ يَرُدْفِي : الْأَصْلُ .

أو قصير أو رُبْعَة ، ونحو هذا ، لِيَتَمَيَّزَ ، ولا يَقَعُ اسْمٌ على اسْمٍ ، ويَكْتُبُ اسْمَ المَشْهُودِ له
والمَشْهُودِ عليه ، وَقَدَرُ الحَقِّ ، ويَكْتُبُ ذلك كُلَّهُ لأَصْحَابِ مَسَائِلِهِ ، لكلِّ واحدٍ رُبْعَة .
وإنَّمَا ذَكَرْنَا المَشْهُودَ له ، لئَلَّا يَكُونَ بَيْنَهُ وبين الشَّاهِدِ قَرَابَة تَمْنَعُ الشَّهَادَة ، أو شَرِكَة ،
وَذَكَرْنَا اسْمَ^(١٦) المَشْهُودِ عليه ؛ لِيُعْرَفَ لئَلَّا تَكُونَ بَيْنَهُ وبين الشَّاهِدِ عَدَاوَة ، وَذَكَرْنَا قَدَرُ
الحَقِّ ؛ لِأَنَّهُ رِمَا كَانَ مَمَّنْ يَرُونَ قَبُولَهُ فِي الِيسِيرِ دُونَ الكَثِيرِ ، فَتَطْيِبُ نَفْسُ الْمُزَكِّي بِهِ إِذَا
كَانَ يَسِيرًا ، وَلَا تَطْيِبُ إِذَا كَانَ كَثِيرًا . وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُخْفِيَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ
أَصْحَابِ مَسَائِلِهِ مَا يُعْطَى الْآخَرُ مِنَ الرِّقَاعِ ؛ لئَلَّا يَتَوَاطَّأُوا . وَإِنْ شَاءَ الْحَاكِمُ عَيَّنَ
لِصَاحِبِ مَسَائِلِهِ مَنْ يَسْأَلُهُ مَمَّنْ يَعْرِفُهُ ، مِنْ جَوَارِ الشَّاهِدِ ، وَأَهْلِ الْخِبْرَةِ بِهِ ، وَإِنْ شَاءَ
أَطْلَقَ ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْمَسْئُولَ ، وَيَكُونُ السُّؤَالُ سِرًّا ؛ لئَلَّا يَكُونَ فِيهِ هَتَكُ الْمَسْئُولِ عَنْهُ ، وَرِمَا
يَخَافُ الْمَسْئُولُ^(١٧) الشَّاهِدَ ، أو^(١٨) المَشْهُودَ له ، أو المَشْهُودَ عَلَيْهِ ، أَنْ يُخْبَرَ بِمَا عِنْدَهُ ، أو
يَسْتَحْيَ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ غَيْرَ مَعْرُوفِينَ^(١٩) ؛ / لئَلَّا يُقْصَدُوا بِهَدْيَةٍ أو
رِشْوَةٍ ، وَأَنْ يَكُونُوا أَصْحَابَ عَفَافٍ فِي الطُّعْمَةِ وَالْأَنْفُسِ ، ذَوِي عُقُولٍ وَافِرَةٍ ، أَتْرِيَاءَ مِنْ
^(٢٠) الشَّحْنَاءِ وَالْبُغْضِ ؛ لئَلَّا يَطْعَنُوا فِي الشُّهُودِ ، أو يَسْأَلُوا عَنِ الشَّاهِدِ عَدْوَةً فَيَطْعَنَ
فِيهِ ، فَيُضَيِّعَ حَقَّ المَشْهُودِ له ، وَلَا يَكُونُونَ^(٢٠) مِنْ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْعَصَبِيَّةِ ، يَمِيلُونَ إِلَى مَنْ
وَأَفْقَهُمْ عَلَى مَنْ خَالَفَهُمْ ، وَيَكُونُونَ أَمْنَاءَ ثِقَاتٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعُ أَمَانَةٍ . فَإِذَا رَجَعَ
أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ ، فَأَخْبَرَ اثْنَانِ بِالْعَدَالَةِ ، قَبْلَ شَهَادَتِهِ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ، رَدَّ
شَهَادَتَهُ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْعَدَالَةِ ، وَالْآخَرُ بِالْجَرَحِ ، بَعَثَ آخَرَيْنِ ، فَإِنْ عَادَا فَأَخْبَرَ
بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَسَقَطَ الْجَرَحُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ لَمْ تَتِمَّ ، وَإِنْ أَخْبَرَ بِالْجَرَحِ ،
تَبَيَّنَ وَرَدُّ الشَّهَادَةِ ، وَإِنْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا بِالْجَرَحِ وَالْآخَرُ بِالتَّعْدِيلِ ، تَمَّتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَيُقَدَّمُ
الْجَرَحُ ، وَلَا يَقْبَلُ الْجَرَحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ ، وَيَقْبَلُ قَوْلُ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ . وَقِيلَ :

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٨) في ا ، ب ، م زيادة : « له » .

(١٩-١٩) في ب : « الشحنة والبغضة » .

(٢٠) في الأصل : « يكونوا » .

لا يَقْبَلُ إِلَّا شَهَادَةَ الْمَسْتَوِلِينَ ، وَيَكْلَفُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا بِالتَّزْكِيَةِ وَالْجَرْحِ عِنْدَهُ ، عَلَى شُرُوطٍ ^(٢١) الشَّهَادَةِ فِي اللَّفْظِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تُقْبَلُ مِنْ صَاحِبِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، مَعَ حُضُورِ شُهُودِ الْأَصْلِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ شَهَادَةَ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ شَهَادَةٌ اسْتِيفَاضِيَّةٌ ، لَا شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ ، فَيُكْتَفَى بِمَنْ يَشْهَدُ بِهَا ، كَسَائِرِ شَهَادَاتِ الْاسْتِيفَاضَةِ ؛ وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ^(٢٢) ، فَإِنَّهُ لَا ^(٢٣) يَلْزَمُ الْمُزَكِّيَ الْحُضُورَ لِلتَّزْكِيَةِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، فَصَارَ كَالْمَرْضَى وَالْعَيِّبَةِ فِي سَائِرِ الشَّهَادَاتِ ، وَلَئِنَّا لَوَلَمْ نُكْتَفِ بِشَهَادَةِ أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ ، لَتَعَذَّرَتِ التَّزْكِيَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفِقُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي جِيرَانِ الشَّاهِدِ مَنْ يَعْرِفُهُ الْحَاكِمُ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ ، فَيَقُوتُ التَّعْدِيلُ وَالْجَرْحُ .

فصل : قال القاضي : وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ إِسْلَامِ الشَّاهِدِ ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِأَحَدٍ أَرْبَعَةِ أُمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، إِجْبَارُهُ / عَنْ نَفْسِهِ أَنَّهُ مُسْلِمٌ ، أَوْ إِثْبَانُهُ بِكَلِمَةِ الْإِسْلَامِ ، وَهِيَ شَهَادَةُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْلِمًا صَارَ مُسْلِمًا بِذَلِكَ . الثَّانِي ، اعْتِرَافُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ عَلَيْهِ . الثَّالِثُ ، خِبْرَةُ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّا اكْتَفَيْنَا بِذَلِكَ فِي عَدَالَتِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِسْلَامِهِ . الرَّابِعُ ، بَيِّنَةٌ تَقُومُ بِهِ . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْحُرِّيَّةِ فِي مَوْضِعِ تَعْتَبُرُ فِيهِ ، وَيَكْفِي فِي ذَلِكَ أَحَدُ أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ بَيِّنَةٌ ، أَوْ اعْتِرَافُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، أَوْ خِبْرَةُ الْحَاكِمِ . وَلَا يَكْفِي اعْتِرَافُ الشَّاهِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا ، فَلَا يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَ الْحَاكِمِ مَجْهُولُ الْحَالِ ، فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : هُوَ عَدْلٌ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَحْثَ عَنْ عَدَالَتِهِ لِحَقِّ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَقَدْ اعْتَرَفَ بِهَا ، وَلِأَنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بِعَدَالَتِهِ ، فَقَدْ أَقَرَّ بِمَا يُوجِبُ الْحُكْمَ لِخَصْمِهِ عَلَيْهِ ، فَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ ، كَسَائِرِ أَقَارِيرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِهَا تَعْدِيلًا لَهُ ، فَلَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ الْعَدَالَةِ فِي الشَّاهِدِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا لَوْ رَضِيَ الْخَصْمُ أَنْ ^(٢٣) يُحْكَمَ عَلَيْهِ بِقَوْلِ فَاسِقٍ ، لَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ

(٢١) فِي ب : « شَرْطٌ » .

(٢٢-٢٢) فِي م : « فَلَا » .

(٢٣) فِي ب ، م : « بَأَنَّ » .

يُحْكَمُ عَلَيْهِ مَعَ تَعْدِيلِهِ ، أَوْ مَعَ انْتِفَائِهِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ مَعَ تَعْدِيلِهِ ؛ ^(٢٤) لِأَنَّ التَّعْدِيلَ لَا يَثْبُتُ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ ، وَلَا يَجُوزُ مَعَ انْتِفَاءِ تَعْدِيلِهِ ^(٢٥) ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ غَيْرِ الْعَدْلِ غَيْرُ جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ شَهَادَةِ مَنْ ظَهَرَ فَسْقُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، فَلَا يَثْبُتُ تَعْدِيلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ بَيِّنَةُ التَّعْدِيلِ ، وَإِنَّمَا حُكِمَ عَلَيْهِ لِإِقْرَارِهِ بِوُجُودِ شَرْطِ ^(٢٥) الْحُكْمِ ، وَإِقْرَارُهُ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِحَقِّ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، ثَبَّتَ فِي حَقِّهِ دُونَ غَيْرِهِ .

١٨٧٠ - مسألة ، قال : (وَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ ، فَالْجَرَّحَةُ ^(١) أَوْلَى)

وهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ . وقال مالكٌ : يُنْظَرُ أَيُّهُمَا أَعْدَلُ ؟ اللَّذَانِ جَرَّحَاهُ ، أَوِ اللَّذَانِ عَدَّلَاهُ ؟ فَيُؤْخَذُ بِقَوْلِ أَعْدَلِهِمَا . وَلَنَا ، / أَنَّ الْجَارِحَ مَعَهُ زِيَادَةُ عِلْمٍ خَفِيَتْ عَلَى الْمُعَدِّلِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يَتَضَمَّنُ تَرْكَ الرَّيْبِ وَالْمَحَارِمِ ، وَالْجَارِحُ مُثَبِّتٌ لَوْجُودِ ذَلِكَ ، وَالْإِثْبَاتُ مُقَدَّمٌ عَلَى النَّفْيِ ، وَلِأَنَّ الْجَارِحَ يَقُولُ : رَأَيْتُهُ يَفْعَلُ كَذَا . وَالْمُعَدِّلُ مُسْتَنَدُّهُ أَنَّهُ لَمْ يَرَهُ يَفْعَلُ ، وَيُمْكِنُ صِدْقُهُمَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ قَوْلَيْهِمَا بِأَنْ يَرَاهُ الْجَارِحُ يَفْعَلُ الْمَعْصِيَةَ ، وَلَا يَرَاهُ الْمُعَدِّلُ ، فَيَكُونُ مَجْرُوحًا .

فصل : وَلَا يَقْبَلُ الْجَرِّحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ . وهذا قال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، ومحمدُ ابنُ الحُسَيْنِ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : يَقْبَلُ ذَلِكَ مِنْ وَاحِدٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَقَبِلَ مِنْ وَاحِدٍ ، كَالرَّوَايَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتُ صِفَةٍ مِنْ بَيْنَى الْحَاكِمِ حُكْمَهُ عَلَى صِفَتِهِ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَالْحَضَائَةِ ، وَفَارَقَ الرَّوَايَةَ ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّهَا لَا تَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرِّحِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَيَقُولُ فِي التَّعْدِيلِ : أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدَلٌ . وَيَكْفِي هَذَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : عَلَى وَلِي . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَبِهِ يَقُولُ شُرَيْحٌ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَمَالِكٌ ، وَبَعْضُ

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) في م : « شروط » .

(١) في م : « فالجراحة » .

الشَّافِعِيَّة . وقال أكثرهم : لا يَكْفِيهِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَدْلٌ عَلَى وَلِي . واختلفوا في تعليله ، فقال بعضهم : لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة . وقال بعضهم : لئلا يكون عدلاً في شيء دون شيء . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٢) فإذا شهدا أنه عدل ، ثبت ذلك بشهادتهما ، فيدخل ذلك في عموم الأمر ، ولأنه ^(٣) إذا كان عدلاً ، لزم أن يكون له وعليه ، وفي حق سائر الناس ، وفي كل شيء ، فلا يحتاج إلى ذكره . ولا يصح ما ذكروه ؛ فإن الإنسان لا يكون عدلاً في شيء دون شيء ، ولا في حق شخص ^(٤) دون شخص ^(٥) ، فإنها لا توصف بهذا ، ولا تنتفى أيضا بقوله : ^(٥) عَلَى وَلِي . فإن من / ثبتت ^(٦) عدالته ، لم تزل بقرابة ولا عداوة ، وإنما ترد شهادته للثبوت مع كونه عدلاً ، ثم إن هذا إذا كان معلوماً اتفاؤاً بينهما ، لم يحتاج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه ، كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته ، لم يحتاج إلى أن ينفي عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لا تمنع من شهادته له بالتركية ، وإنما تمنع الشهادة عليه ، وهذا شاهد له بالتركية والعدالة ، فلا حاجة به إلى نفي العداوة .

فصل : لا يَكْفِي أَنْ يَقُولَ : لا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّا الْخَيْرَ . وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو يوسف : يَكْفِي ؛ لأنه إذا كان من أهل الخبرة به ^(٧) ، ولا يعلم إلا الخير ، فهو عدل . ولنا ، أنه لم يصرّح بالتعديل ، فلم يكن تعديلاً ، كما لو قال : أعلم منه خيراً . وما ذكروه لا يصح ؛ لأن الجاهل بحال أهل الفسق ، لا يعلم منهم إلا الخير ، لأنه يعلم إسلامهم ، وهو خير ، ولا يعلم منهم غير ذلك ، وهم ^(٨) غير عدول ^(٩) .

فصل : قال أصحابنا : لا يُقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الْخَبْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، والمعرفة

(٢) سورة الطلاق ٢ .

(٣) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٤ - ٥) سقط من : الأصل .

(٥) في م زيادة : « عدل » .

(٦) في الأصل : « ثبت » .

(٧) سقط من : الأصل .

الْمُتْقَادِمَةِ . وهذا مذهب الشَّافِعِيِّ ؛ لِحَبْرِ عَمَرَ الَّذِي قَدَّمَاهُ ^(٨) ، ولأنَّ عادةَ النَّاسِ إظهارُ الطَّاعَاتِ ^(٩) وإسْرَارُ الْمَعَاصِي ، فإذا لم يكنْ ذا خَبْرَةٍ بَاطِنَةٍ ، فَرُبَّمَا اغْتَرَّ ^(١٠) بِحُسْنِ ظَاهِرِهِ ، وهو فَاسِقٌ فِي الْبَاطِنِ . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا بِهِ أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمُعَدَّلَ لَا خَبْرَةَ لَهُ ، لم يَقْبَلْ شَهَادَتَهُ بِالْتَّعْدِيلِ ، كما فعلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُعَدَّلِ الشَّهَادَةُ بِالْعَدَالَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ خَبْرَةٌ بَاطِنَةٌ . فَأَمَّا الْحَاكِمُ إِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ الْعَدْلُ بِالْتَّعْدِيلِ ، ولم يَعْرِفْ حَقِيقَةَ الْحَالِ ، فله أَنْ يَقْبَلَ الشَّهَادَةَ مِنْ غَيْرِ كَشْفٍ ، وَإِنْ اسْتَكْشَفَ الْحَالِ ، كما فعلَ عَمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فلا بَأْسَ .

فصل : ولا يُسْمَعُ الْجَرْحُ إِلَّا مُفَسَّرًا ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ اللَّفْظُ فيقولُ : أَشْهَدُ أَنَّنِي رَأَيْتُهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ / ، أو يُعَامِلُ بِالرِّبَا ، أو يَظْلِمُ النَّاسَ بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ أو ضَرْبِهِمْ ، أو سَمِعْتُهُ يَقْذِفُ : أو يُعْلَمُ ذَلِكَ بِاسْتِفَاضَتِهِ ^(١١) فِي النَّاسِ . ولابدُّ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ وَتَعْيِينِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّارٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَقْبَلُ الْجَرْحُ الْمُطْلَقُ ، وهو أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ فَاسِقٌ ، أو أَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ . وعن أَحْمَدَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ يُسْمَعُ مُطْلَقًا ؛ فَكَذَلِكَ الْجَرْحُ ، وَلِأَنَّ التَّصْرِيحَ بِالسَّبَبِ يَجْعَلُ الْجَارِحَ فَاسِقًا ، وَيُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ فِي بَعْضِ الْحَالَاتِ ، وهو أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّنَى ، فيُفْضَى الْجَرْحُ إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وَتَبْطِلُ شَهَادَتُهُ ، وَلَا يَتَجَرَّحُ بِهَا الْمَجْرُوحُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي أَسْبَابِ الْجَرْحِ ، كَاخْتِلَافِهِمْ فِي شَارِبِ النَّبِيذِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَقْبَلَ مُجَرَّدُ الْجَرْحِ ، لئَلَّا يَجْرَحَهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْقَاضِي جَرْحًا ؛ وَلِأَنَّ الْجَرْحَ يَنْقُلُ عَنِ الْأَصْلِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِينَ الْعَدَالَةُ ، وَالْجَرْحُ يَنْقُلُ عَنْهَا ، فَلابدُّ أَنْ يُعْرَفَ النَّاقِلُ ، لئَلَّا يُعْتَقَدَ نَقْلُهُ بِمَا لَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ نَاقِلًا . وقولُهم : إِنَّهُ يُفْضَى إِلَى جَرْحِ الْجَارِحِ ، وإيجابُ الْحَدِّ عَلَيْهِ . قلْنَا : لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّعْرِيزُ مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ . فَإِنْ قِيلَ : ففِي بَيَانِ السَّبَبِ هَتَكَ الْمَجْرُوحُ . قلْنَا : لا بُدَّ مِنْ هَتَكِهِ ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالْفِسْقِ

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤ .

(٩) في م : « الصالحات » .

(١٠) في ب : « اعتبر » .

(١١) في الأصل : « باستفاضة » .

هَتَكَ لَهُ . ولكن جاز ذلك لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، كما جازت الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِهِ ^(١٢) لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، بَلْ هُنَا أَوْلَى ؛ فَإِنَّ فِيهِ دَفْعَ الظُّلْمِ عَنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ حَقٌّ آدَمِيٌّ ، فَكَانَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ ، وَلَئِنْ هَتَكَ عَرَضُهُ بِسَبِيهِ ، لَأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلشَّهَادَةِ مَعَ ارْتِكَابِهِ مَا يُوجِبُ جَرْحَهُ ، فَكَانَ هُوَ الْهَاتِكُ لِنَفْسِهِ ، إِذْ كَانَ فِعْلُهُ هُوَ الْمُخَوِّجُ لِلنَّاسِ إِلَى جَرْحِهِ . فَإِنْ صَرَّحَ الْجَارِحُ بِقَذْفِهِ بِالزُّنَى ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِتَمَامِ أَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِدْخَالَ / الْمَعْرَةِ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(١٤) . الْآيَةُ . وَلَئِنْ أَبَا بَكْرَةَ وَرَفِيقِيهِ شَهِدُوا عَلَى الْمُغِيرَةِ بِالزُّنَى ، وَلَمْ يُكْمِلْ زِيَادَ شَهَادَتِهِ ، فَجَلَدَهُمْ عَمْرُ حَدِّ الْقَذْفِ بِمَخْضَرِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ^(١٥) . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بِإِقَامَةِ ^(١٦) الْحَدِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً ، أَنَّ هَذَيْنِ الشَّاهِدَيْنِ شَهِدَا بِهَذَا الْحَقِّ عِنْدَ حَاكِمٍ ، فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا لِفُسْطَقِهِمَا ، بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ إِذَا رُدَّتْ لِفُسْطَقٍ ، لَمْ تُقْبَلْ مَرَّةً ثَانِيَةً .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ مِنَ النِّسَاءِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُقْبَلُ ^(١٧) . وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ ^(١٨) ؛ لَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، فَأُشْبِهَ الرَّوَايَةَ ، وَأَخْبَارَ الدِّيَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَأُشْبِهَ الشَّهَادَةَ فِي الْقِصَاصِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ مُسَلِّمٍ .

فصل : وَلَا يُقْبَلُ الْجَرْحُ مِنَ الْخَصْمِ . بَلَا خِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ . فَلَوْ قَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ : هَذَانِ فَاسِقَانِ ، أَوْ عَدَوَانِ لِي ، أَوْ آبَاءُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لَأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي قَوْلِهِ ،

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٨٤/١١ .

(١٦) في ب ، م : « لإقامة » .

(١٧-١٨) سقط من : ب ، م .

وَيَشْهَدُ بِمَا يَجُرُّ إِلَيْهِ نَفْعًا ، فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ لِنَفْسِهِ ، وَلَوْ قَبَلْنَا قَوْلَهُ ، لَمْ يَشَأْ أَحَدٌ أَنْ يُطِيلَ شَهَادَةَ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا أَبْطَلَهَا ، فَتَضْيِيعُ الْحَقُوقِ ، وَتَذَهَبُ حَكْمَةُ شَرْعِ الْبَيِّنَةِ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُتَوَسِّمِينَ ، وَذَلِكَ إِذَا حَضَرَ مُسَافِرَانِ ، فَشَهِدَا عِنْدَ حَاكِمٍ لَا يَعْرِفُهُمَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يَقْبَلُهُمَا إِذَا رَأَى فِيهِمَا سَيِّمًا الْخَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَةِ عَدَاةِ التَّهْمَا ، فَفِي التَّوْقِفِ ^(١٨) عَنْ قُبُولِهِمَا تَضْيِيعُ الْحَقُوقِ ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فِيهِمَا إِلَى السَّيِّمَاءِ الْجَمِيلَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَدَاةَ التَّهْمَا مَجْهُولَةٌ ، فَلَمْ يَجْزِ / الْحَكْمُ بِشَهَادَتِهِمَا ، كَشَاهِدَيِ الْحَضَرِ . وَمَا ذَكَرَهُ ^(١٩) مُعَارِضٌ بِأَنْ قُبُولَ شَهَادَتِهِمَا يُفْضَى إِلَى أَنْ يُقْضَى بِشَهَادَتِهِمَا بِدَفْعِ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ .

٢٢/١١ ظ

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنْ شُهوْدِهِ كُلِّ قَلِيلٍ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ يَنْتَقِلُ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ . وَهَلْ هَذَا مُسْتَحَبٌّ أَوْ وَاجِبٌ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُسْتَحَبٌّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا كَانَ ، فَلَا يُزُولُ حَتَّى يَثْبُتَ الْجَرْحُ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ الْبَحْثُ كُلَّمَا مَضَتْ مُدَّةٌ يَتَغَيَّرُ الْحَالُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ يَحْدُثُ ، وَذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، مِثْلَ هَذَيْنِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُرْتَّبَ شُهوْدًا لَا يَقْبَلُ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ . وَلِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْوَقَائِعِ الَّتِي يُحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ فِيهَا تَقَعُ عِنْدَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، فَمَتَى ادَّعَى إِنْسَانٌ شَهَادَةَ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ، وَجَبَ عَلَى الْحَاكِمِ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ ، وَالنَّظَرُ فِي عَدَالَةِ شَاهِدِيهِ ، وَلَا يَجُوزُ رَدُّهُمْ بِكَوْنِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْمُرْتَبِينَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ وَالْإِجْمَاعَ ، لَكِنْ لَهُ أَنْ يُرْتَّبَ شُهوْدًا يُشْهَدُهُمُ النَّاسُ ، فَيَسْتَعْنُونَ بِأَشْهَادِهِمْ عَنْ تَعْدِيلِهِمْ ، وَيَسْتَعْنِي الْحَاكِمُ عَنِ الْكَشْفِ عَنْ أَحْوَالِهِمْ ، فَيَكُونُ فِيهِ تَخْفِيفٌ مِنْ وَجْهِهِ ، وَيَكُونُونَ أَيْضًا يُزَكُّونَ مَنْ عَرَفُوا عَدَالَتَهُ مِنْ غَيْرِهِمْ إِذَا شَهِدَ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعْظَ الشَّاهِدَيْنِ ، كَمَا رَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِلشَّاهِدَيْنِ إِذَا

(١٨) فِي ب : « التَّوْقِفِ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، م : « ذَكَرَهُ » .

حضرًا : يا هذان ، ألا تريان ؟ إني لم أدعكما ، ولست أمنعكما أن ترجعا ، وإنما يقضى على هذا أنتما ، وأنا مُتَّقٍ^(٢٠) بكما ، فأتقيا . وفي لفظ : وإني بكما أقضى اليوم ، وبكما أتقى يوم القيامة^(٢١) . وروى أبو حنيفة ، قال : كنت عند محارب بن دثار^(٢٢) ، وهو قاضي / الكوفة ، فجاء رجل ، فادّعى^(٢٣) على رجل حقًا ، فأنكره ، فأحضر المدعى شاهدين ، فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا علي في الشهادة . وكان محارب بن دثار متكىًا فاستوى جالسًا ، وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الطير لتخفق بأجنحتها ، وترمي ما في حواصيلها^(٢٤) ، من هول يوم القيامة ، وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوا مقعده من النار^(٢٥) »^(٢٦) . فإن صدقتما فائبتا ، وإن كذبتا فغطيا رءوسكما وانصرفا . فغطيا رءوسهما وانصرفا^(٢٧) .

١٨٧١ - مسألة ، قال : (وَيَكُونُ كَاتِبُهُ عَدْلًا ، وَكَذَلِكَ قَاسِمُهُ)

وجملته أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتبًا ؛ لأن النبي ﷺ استكتب زيد بن ثابت ، وغيره ، ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره ، فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه ، وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه ، جاز ، والاستنابة فيه أولى . ولا يجوز أن يستنيب في ذلك إلا عدلًا ؛

(٢٠) في م : « معتق » .

(٢١) انظر أخبار القضاة ٢/٢٥٤، ٢٥٥، ٢٩١، ٢٩٦، ٢٩٩، ٣١٦، ٣٦٣، ٣٩٢ .

(٢٢) محارب بن دثار بن كردوس السدوسي ، كان ثقة حجة ، توفي سنة ست عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٢١٧/٥ - ٢١٩ .

(٢٣) في ب : « وادعى » .

(٢٤) في م : « حوصلتها » .

(٢٥) في ب : « في » .

(٢٦) أخرج حديث : « إن الطير لتخفق ... » . البيهقي ، في : باب وعظ القاضي الشهود ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٢٢ . وأخرج حديث : « إن شاهد الزور ... » . ابن ماجه ، في : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والحاكم ، في : باب ظهور شهادة الزور من أشرط الساعة . من كتاب الأحكام . المستدرک ٤/٩٨ . والبيهقي ، في الموضع السابق . والعقيلي ، في : الضعفاء الكبير ٤/١٢٣ .

(٢٧) ذكر الذهبي القصة ، عن عبد الملك بن عمير ، وليس عن أبي حنيفة . سير أعلام النبلاء ٥/٢١٨ .

لأن الكتابة موضع أمانة . ويُستحب أن يكون فقيها ؛ ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ، ويُفرّق بين الجائز والواجب ، وينبغي أن يكون وافر العقل ، ورعا ، نزيها ؛ لئلا يُستمال بالطمع ، ويكون مسلما ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ۖ ﴾ ^(١) . ويُروى أن أبا موسى قدم على عمر ، رضى الله عنه ، ومعه كاتب نصراني ، فأخضر أبو موسى شيئا من مكتوباته عند عمر ، فاستحسنه ، وقال : قل لكاتبك يجيء ، فيقرأ كتابه . قال : إنه لا يدخل المسجد . قال : ولم ؟ . قال : إنه نصراني . فأنهره عمر ، وقال : لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى ، ولا تقرّبوهم وقد أبعدهم الله تعالى ، ولا تعزّوهم وقد أذلهم الله تعالى ^(٢) . ولأن الإسلام من شروط ^(٣) العدالة / ، والعدالة شرط . وقال أصحاب الشافعي : في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان ؛ أحدهما ، تُشترط ؛ لما ذكرنا . والثاني ، لا تُشترط ؛ لأن ما يكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه ، فتؤمن الخيانة فيه . ويُستحب أن يكون جيّد الخط ؛ لأنه أكمل . وأن يكون حرا ؛ ليخرج ^(٤) من الخلاف . وإن كان عبدا ، جاز ؛ لأن شهادة العبد جائزة . ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ، ولا بد من كونه حاسبا ؛ لأنه عمله ، وبه يقسم ، فهو كالخط للكاتب والفقّه للحاكم . ويُستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ؛ ليشاهد ما يكتبه ، ويشافهه بما يملئ عليه ، وإن جلس ^(٥) ناحية ، جاز ؛ لأن المقصود يحصل ، فإن ما يكتبه يُعرض على الحاكم ، فيستبرئه .

فصل : وإذا ترفع ^(٦) إلى الحاكم خصمان ، فأقر أحدهما لصاحبه ، فقال المقر له للحاكم : أشهد لي على إقراره شاهدين . لزّمه ذلك ؛ لأن الحاكم لا يحكم بعلمه ، فربما جحد المقر ، فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ^(٧) ، ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى ،

(١) سورة آل عمران ١١٨ .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٦/١٣ .

(٣) في الأصل : « شرط » .

(٤) في الأصل ، م : « يخرج » .

(٥) في ب ، م : « قعد » .

(٦) في ب : « رفع » .

(٧) سقط من : ب .

فإنَّ الإنسانَ عُرضَةُ النِّسيانِ ، فلا يُمكنُهُ الحكمُ بإقرارِهِ . وإنَّ ثَبَتَ عِنْدَهُ حَقُّ بِنُكُولِ
 المُدَّعَى عَلَيْهِ ، أو يَمِينِ المُدَّعَى بَعْدَ التُّكُولِ ، فَسأَلَهُ المُدَّعَى أَنْ يُشْهِدَ عَلَى نَفْسِهِ ،
 لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُجَّةَ لِلْمُدَّعَى سِوَى الْإِشْهَادِ ، وَإِنْ ثَبَتَ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ فَسأَلَهُ الْإِشْهَادَ ، فَفِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزِمُهُ ؛ لِأَنَّ بِالْحَقِّ بَيِّنَةٌ ، فَلَا يَجِبُ جَعْلُ بَيِّنَةٍ أُخْرَى . وَالثَّانِي ،
 يَجِبُ ؛ لِأَنَّ فِي الْإِشْهَادِ ^(٨) فَائِدَةً جَدِيدَةً ، وَهِيَ إِثْبَاتُ تَعْدِيلِ بَيِّنَتِهِ ، وَالزَّامُ خَصْمِهِ . وَإِنْ
 حَلَفَ الْمُنْكَرُ ، وَسأَلَ الْحَاكِمَ الْإِشْهَادَ عَلَى بَرَاءَتِهِ ، لَزِمَهُ ؛ لِيَكُونَ حُجَّةً لَهُ فِي سُقُوطِ
 الْمُطَالَبَةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا سَأَلَهُ / أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، فَفِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزِمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ لَهُ ، فَهُوَ كَالْإِشْهَادِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ رُبَّمَا
 نَسِيََا الشَّهَادَةَ ، أَوْ نَسِيََا الْحَصْمَيْنِ ، فَلَا يُذَكِّرُهُمَا إِلَّا رُؤْيُ ^(٩) خَطِّيهمَا . وَالثَّانِي ، لَا
 يَلْزِمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ يَكْفِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشُّهُودَ تَكْثُرُ عَلَيْهِمْ ^(١٠) الشَّهَادَاتُ ،
 وَيَطُولُ عَلَيْهِمُ الْأَمَدُ ، وَالظَّاهِرُ أَنََّّهُمَا لَا يَتَحَقَّقَانِ الشَّهَادَةَ تَحَقُّقًا يَحْصُلُ بِهِ أَدَاؤُهَا ، فَلَا
 يَتَّقِيْدُ إِلَّا بِالْكِتَابِ . فَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا ، فَصَفَتْهُ : حَضَرَ الْقَاضِي فُلَانُ بْنُ
 فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، قَاضِي عَبْدِ اللَّهِ الْإِمَامِ فُلَانٍ ، عَلَى كَذَا وَكَذَا . وَإِنْ كَانَ خَلِيفَةُ الْقَاضِي قَالَ :
 خَلِيفَةُ الْقَاضِي فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ^(١١) ، قَاضِي الْإِمَامِ بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَإِنْ
 كَانَ يَعْرِفُ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِأَسْمَائِهِمَا وَأَنْسَابِهِمَا ، قَالَ : فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ،
 وَأَحْضَرَ مَعَهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا حَتَّى يَتَمَيَّزَا ^(١٢) . وَيُسْتَحَبُّ ذِكْرُ
 حِلْيَتِهِمَا ، وَإِنْ أَخْلَلَ بِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ نَسَبِهِمَا إِذَا رَفَعَ فِيهِ أَغْنَى عَنْ ذِكْرِ الْحِلْيَةِ . وَإِنْ
 كَانَ الْحَاكِمُ لَا يَعْرِفُ الْحَصْمَيْنِ ، قَالَ : مُدَّعٍ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ ، وَأَحْضَرَ
 مَعَهُ مُدَّعَى عَلَيْهِ ذَكَرَ أَنَّهُ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ الْفُلَانِيُّ . وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِمَا ، وَيَذَكُرُ حِلْيَتَهُمَا ؛ لِأَنَّ
 الْإِعْتِمَادَ عَلَيْهَا ، فَرُبَّمَا اسْتَعَارَ النَّسَبَ . وَيَقُولُ : أَغْمُ ، أَوْ أَنْزَعُ . وَيَذَكُرُ صِفَةَ الْعَيْنَيْنِ
 وَالْأَنْفِ وَالْفَمِ وَالْحَاجِبَيْنِ ، وَاللَّوْنَ وَالطُّوْلَ وَالْقَصَرَ . مَا دَعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأَقْرَأْهُ . وَلَا

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الشَّهَادَةُ » .

(٩) فِي ب ، م : « ذَوَى » .

(١٠) فِي م : « عَلَيْهِمَا » .

(١١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « عَبْدُ اللَّهِ » .

(١٢) فِي م : « يَتَمَيَّزُ » .

يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ . لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَصِحُّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ . وَإِنْ كَتَبَ أَنَّهُ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ شَاهِدَانِ ، كَانَ أَوْكَدَ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ عَلَى رَأْسِ الْمَحْضَرِ : الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ . أَوْ مَا أَحَبَّ مِنْ ذَلِكَ . فَأَمَّا / إِنْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَشَهِدَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، قَالَ : فَأَدَّعَى عَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا ، فَأُنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَأَحْضَرَهَا ، وَسَأَلَ الْحَاكِمُ سَمَاعَهَا فَفَعَلَ ، وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى ، فَأَجَابَهُ إِلَيْهِ ، وَذَلِكَ فِي وَقْتٍ كَذَا . وَيَحْتَاجُ هَهُنَا أَنْ يَذْكُرَ : بِمَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَالْإِقْرَارُ بِخِلَافِهِ . وَيَكْتُبُ الْحَاكِمُ فِي آخِرِ الْمَحْضَرِ : شَهِدَا عِنْدِي بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُدَّعَى كِتَابٌ فِيهِ خَطُّ الشَّاهِدِ كَتَبَ تَحْتَهُ (١٣) خَطوطَهُمَا أَوْ تَحْتِ خَطِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : شَهِدَ عِنْدِي بِذَلِكَ . وَيَكْتُبُ عَلَامَتَهُ فِي رَأْسِ الْمَحْضَرِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ دُونَ الْمَحْضَرِ ، جَازَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ ، فَاسْتَحْلَفَ الْمُنْكَرَ ، ثُمَّ سَأَلَ الْمُنْكَرُ الْحَاكِمَ مَحْضَرًا ثَلَاثًا يَحْلِفُ فِي ذَلِكَ ثَانِيًا ، كَتَبَ لَهُ مِثْلَ مَا تَقَدَّمَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ : فَأُنْكَرَ ، فَسَأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى : أَلَيْكَ بَيِّنَةٌ ؟ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَقَالَ : لَكَ يَمِينُهُ . فَسَأَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ ، فَاسْتَحْلَفَهُ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ ، فِي وَقْتٍ كَذَا وَكَذَا . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ تَحْلِيفِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْلَافَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، وَيُعْلَمُ فِي أَوَّلِهِ خَاصَّةً . وَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، قَالَ : فَعَرِضَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَتَكَلَّمَ عَنْهَا ، فَسَأَلَ خَصْمَهُ الْحَاكِمَ أَنْ يَقْضِيَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ ، فَقَضَى عَلَيْهِ فِي وَقْتٍ كَذَا . وَيُعْلَمُ فِي آخِرِهِ ، وَيَذْكُرُ أَنَّ ذَلِكَ فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وَقَضَائِهِ . فَهَذِهِ صِفَةُ الْمَحْضَرِ . فَأَمَّا إِنْ سَأَلَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْحَاكِمَ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِمَا ثَبَّتَ فِي الْمَحْضَرِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْكُمَ لَهُ بِهِ ، وَيُنْفِذَهُ ، فَيَقُولُ : حَكَمْتُ لَهُ بِهِ ، أَلَزِمْتُهُ الْحَقَّ ، أَنْفَذْتُ الْحُكْمَ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ (١٤) أَنْ يَشْهَدَ لَهُ عَلَى حُكْمِهِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، لِتَحْصُلِ لَهُ الْوَثِيقَةُ بِهِ . فَإِنْ طَالَبَهُ أَنْ يُسَجَّلَ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ فِي الْمَحْضَرِ / وَيَشْهَدَ عَلَى إِنْفَاذِهِ ، سَجَّلَ لَهُ . وَفِي وَجُوبِ ذَلِكَ ، الْوَجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي الْمَحْضَرِ . وَهَذِهِ صُورَةُ السَّجْلِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَشْهَدُ عَلَيْهِ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « طلبه » .

القاضي فلانُ بنُ فلانٍ الفلانيُّ ، قاضي عبد الله الإمام ، على كذا وكذا في مجلسٍ حكمه وقضائه ، في موضع كذا وكذا ، في وقت كذا وكذا ، أنه ثبتَ عنده^(١٥) بشهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عرَفهما بما ساعَ له به قبولُ شهادتهما عنده بما^(١٦) في كتابٍ نُسخته^(١٧) وينسخُ الكتابَ إن كان معه ، أو المَحْضَرُ في أيِّ حُكْمٍ كان ، فإذا فرغَ منه قال بعد ذلك : فحكمَ به ، فأنفذه^(١٨) وأمضاه ، بعد أن سألَه فلانُ بنُ فلانٍ ، أن يَحْكُمَ له به . ولا يحتاج أن يذكرَ أنه بمَحْضَرٍ المُدَّعى عليه ؛ لأنَّ القضاءَ على الغائبِ جائزٌ ، فإن أرادَ أن يذكرَه احتياطاً ، قال : بعد أن حضرَه مَنْ ساعَ له الدَّعوى عليه . ويكتبُ الحاكمُ بالسَّجِلِ والمَحْضَرِ نُسخَتَيْنِ ؛ إحداهما ، تكونُ في يد صاحبِ الحقِّ . والأخرى ، تكونُ في ديوانِ الحاكمِ ، فإن هلكَتْ إحداهما نابَتِ الأخرى عنها ، وتُخْتَمُ التي^(١٩) في ديوانِ الحاكمِ ، ويكتبُ على طيه^(٢٠) : سَجِلُ فلانٍ بنِ فلانٍ ، أو مَحْضَرُ فلانٍ بنِ فلانٍ ، أو وثيقةُ فلانٍ بنِ فلانٍ . فإن كَثُرَ ما عنده جَمَعَ ما يَجْتَمِعُ في كلِّ يومٍ أو أسبوعٍ أو شهرٍ ، على قدرِ كَثَرَتِها أو قَلَّتِها^(٢١) ، وشدَّها إضْبَارَةً ، ويكتبُ عليها : أسبوعُ كذا ، من شهرِ كذا ، من سَنَةِ كذا . ثم يَضُمُّ ما يَجْتَمِعُ في السَّنَةِ ، ويدعُها نَاحِيَةً ، ويكتبُ عليها : كُتِبَ سَنَةُ كذا . حتى إذا حضرَ مَنْ يَطْلُبُ شيئاً منها ، سألَه^(٢٢) عن السَّنَةِ ، فيُخْرِجُ كُتِبَ تلكَ السَّنَةِ ، ويسهِّلُ . وينبغي أن يتولَّى جَمْعَها وشدَّها بنفسِه ؛ لئلا يزورَ / عليه ، فإن تولَّى ذلكَ ثِقَةً من ثِقَاتِه ،

ظ ٢٥/١١

جَاز .

فصل : وينبغي أن يُجْعَلَ من بيتِ المالِ شيءٌ برسمِ الكاغِدِ الذي يُكتبُ فيه المَحَاضِرُ والسَّجَلَاتُ ؛ لأنَّه من المصالحِ ، فإنَّه يُحْفَظُ به الوثائقُ ، ويُذكرُ الحاكمُ حُكْمَه ،

(١٥) في الأصل : « عندي » .

(١٦) في الأصل : « ما » .

(١٧) في م : « نسخة » .

(١٨) في ب : « وأنفذه » .

(١٩) في ب ، م : « الذي » .

(٢٠) في ب : « طيته » .

(٢١) في ب ، م : « وقلتها » .

(٢٢) في م : « سام » .

والشاهد شهادته ، ويرجع بالدرك على من رجع عليه ، فإن أغور ذلك ، لم يلزم الحاكم ذلك ، ويقول لصاحب الحق : إن شئت جئت بكاغيد ، أكتب لك فيه ، فإنه حجة لك ، ولست أكرهك عليه .

فصل : وإذا ارتفع إليه خصمان ، فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحاكم ، فأخرجها الحاكم من ديوانه ، فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه ، وفيها حكمه ، فإن ذكر ذلك ، حكم به ، وإن لم يذكره ، لم يحكم به . نص عليه أحمد ، في الشهادة ، قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، ومحمد بن الحسين . وعن أحمد ، رضي الله عنه ، أنه يحكم به . وبه قال ابن أبي ليلى . وهذا الذي رأيته عن أحمد في الشهادة ؛ لأنه إذا كان في قمطره تحت ختمه ، لم يحتمل أن يكون إلا صحيحا . ووجه الأولى ، أنه حكم حاكم لم يعلمه ، فلم يجز إنفاذه إلا ببينة ، كحكم غيره ، ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه ، والخط يشبه الخط . فإن قيل : فلو وجد في دفتر أبيه حقا على إنسان ، جاز له أن يدعيه ، ويخلف عليه . قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة ، بدليل الإجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة ، لم يجز له أن يحكم بها ، ولا يشهد بها ، ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه ، لم يجز له إنفاذه ، ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به ^(٢٣) إلى نفسه ، لأنه فعل نفسه ، فروعى ذلك . وأما ما كتبه أبوه ، فلا يمكنه الرجوع فيه ^(٢٤) إلى نفسه ، فيكفي ^(٢٥) فيه / الظن .

و ٢٦/١١

فصل : فإن ادعى رجل على الحاكم ، أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي . فذكر ^(٢٦) الحاكم حكمه ، أمضاه ، وألزم خصمه ما حكم به عليه . وليس هذا حكما بالعلم ، إنما هو إمضاء لحكمه السابق . وإن لم يذكره القاضي ، فشهد عنده شاهدان على حكمه ، ألزمه قبولها ، وإمضاء القضاء . وبه قال ابن أبي ليلى ، ومحمد بن الحسن . قال

(٢٣) في م زيادة : « عليه » .

(٢٤) في م : « فيما حكم به » .

(٢٥) في الأصل : « فكفى » .

(٢٦) في ب : « ثم ذكر » .

القاضي : هذا قياسُ قول أحمد ؛ لأنه قال : يَرْجِعُ الإمامُ إلى قولِ اثْنَيْنِ فصاعداً من المؤمنين . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي : لا يَقْبَلُ ؛ لأنه يُمكنُهُ الرجوعُ إلى الإحاطة والعلم ، فلا يَرْجِعُ إلى الظنِّ ، كالشَّاهد إذا نَسِيَ شهادته ، فشَهِدَ عنده شاهدان أنه شَهِدَ^(٢٧) ، لم يَكُنْ له أن يشَهِدَ . ولنا ، أنَّهما لو شَهِدا عنده بِحُكْمٍ غيرِهِ قَبْلَ ، فكذلك إذا شَهِدا عنده بِحُكْمِهِ^(٢٨) ، ولأنَّهما شَهِدا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ . وما ذَكَرُوهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذَكَرَ ما نَسِيَهِ ليس إليه ، ويُخَالِفُ الشَّاهِدَ ؛ لأنَّ الحَاكِمَ يُمَضِي ما حَكَمَ به إذا ثَبَتَ عنده ، والشَّاهِدَ لا يَقْدِرُ على إِمضاء شهادته ، وإنما يُمَضِيها الحَاكِمُ .

١٨٧٢ - مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً مَنْ لَمْ يَكُنْ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وَلَايَتِهِ)

وذلك لأنَّ الهَدِيَّةَ يُقْصَدُ بها في الغالبِ اسْتِمَالَةُ قَلْبِهِ ، لِيَعْتَنِيَ به في الحَكَمِ ، فَتُشْبِهُ الرِّشْوَةَ . قال مسروق : إذا قَبِلَ القاضي الهَدِيَّةَ ، أَكَلَ السُّحْتَ ، وإذا قَبِلَ الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ به الكُفْرَ . وقد رَوَى أبو حُمَيْدٍ السَّاعِدِيُّ ، قال : بعثَ رسولُ اللَّهِ ﷺ رجلاً من الأَزْدِ ، يُقَالُ له ابنُ اللَّثْبِيَّةِ على الصَّدَقَةِ ، فقال : هذا لكم ، وهذا أُهْدِيَ إِلَيَّ . فقام النَّبِيُّ ﷺ فحمدَ اللَّهَ ، وأثنى عليه ، ثم قال : « مَا بَالُ الْعَامِلِ تَبَعْتُهُ ، فَيَجِيءُ فَيَقُولُ : هَذَا لَكُمْ ، وَهَذَا أُهْدِيَ^(١) إِلَيَّ ، أَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أُمِّهِ^(٢) ، فَيَنْظُرُ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ ، لَا تَبْعْتُ أَحَدًا مِنْكُمْ ، فَيَأْخُذُ شَيْئًا ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ / عَلَى رَقَبَتِهِ ، إِنْ كَانَ يَبْعِرُ لَهُ رُغَاءً ، أَوْ بَقْرَةً لَهَا خَوَارٌ ، أَوْ شَاةٌ تَبْعُرُ^(٣) . فَرَفَعَ يَدَيْهِ^(٤) حَتَّى رَأَيْتُ غُفْرَةً^(٥) إِنْطِيَهُ ، فقال : « اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ ثَلَاثًا ؟ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَلأنَّ حُدُوثَ

(٢٧) في الأصل : « يشهد » .

(٢٨) في م : « بحكم نفسه » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في صحيح البخاري : « في بيت أبيه وأمه » . وفي صحيح مسلم : « في بيت أبيه أو في بيت أمه » .

(٣) تبع : تصحيح ، واليعار : صوت الشاة .

(٤) في الأصل : « يده » .

(٥) غفرة الإبط : البياض الذي ليس بالناصع .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب كيف كانت يمين النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب هدايا العمال ، من =

الْهَدِيَّةُ عِنْدَ حُدُوثِ الْوِلَايَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا مِنْ أَجْلِهَا ، لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى مَيْلِ الْحَاكِمِ مَعَهُ عَلَى نَحْوِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ قَبُولُهَا مِنْهُ ^(٧) كَالرِّشْوَةِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ يُهْدَى إِلَيْهِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ ، جَازَ قَبُولُهَا مِنْهُ بَعْدَ الْوِلَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَجْلِ الْوِلَايَةِ ؛ لَوْ جُودَ سَبَبُهَا قَبْلَ الْوِلَايَةِ ، بِدَلِيلِ وُجُودِهَا قَبْلَهَا . قَالَ الْقَاضِي : وَيُسْتَحَبُّ لَهُ التَّنَزُّهُ عَنْهَا . وَإِنْ أَحْسَنَ أَنَّهُ يُقَدِّمُهَا بَيْنَ يَدَيْ خُصْمِهِ ، أَوْ فَعَلَهَا حَالَ الْحُكُومَةِ ، حَرَّمَ أَخْذُهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ؛ لِأَنَّهَا كَالرِّشْوَةِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، أَنَّ قَبُولَ الْهَدِيَّةِ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ . وَفِيمَا ذَكَرْنَاهُ دَلَالَةٌ عَلَى التَّحْرِيمِ .

فصل : فَأَمَّا الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ ، وَرِشْوَةُ الْعَامِلِ ، فَحَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَكُلُونِ لِلْسُّخْتِ ﴾ ^(٨) . قَالَ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، فِي تَفْسِيرِهِ : هُوَ الرِّشْوَةُ . وَقَالَ : إِذَا قَبِلَ الْقَاضِي الرِّشْوَةَ ، بَلَغَتْ بِهِ إِلَى الْكُفْرِ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، قَالَ : لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٩) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وَزَادَ : « فِي الْحُكْمِ » . وَرَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « زَادَ الْمُسَافِرِ » ^(١٠) ، وَزَادَ : « وَالْمُرَاشِي » ^(١١) وَهُوَ السَّفِيرُ بَيْنَهُمَا . وَلِأَنَّ الْمُرْتَشِيَّ إِنَّمَا

= كِتَابُ الْأَحْكَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٦٢/٨ ، ٨٨/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ هِدَايَا الْعَمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٦٣/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي هِدَايَا الْعَمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٢١/٢ ، ١٢٢ . وَالِدَارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَهْدَى لِعَمَالِ الصَّدَقَةِ لَمْ يَحْزَنْهُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الْعَامِلِ إِذَا أَصَابَ فِي عَمَلِهِ شَيْئًا ، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٣٩٤/١ ، ٢٣٢/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢٣/٥ . (٧) لَمْ يَرِدْ فِي : الْأَصْلِ ، ب .

(٨) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٢ .

(٩) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّاشِيِّ وَالْمُرْتَشِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨١/٦ ، ٨٢ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ الرِّشْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٧٠/٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ التَّغْلِيظِ فِي الْحَيْفِ وَالرِّشْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٧٧٥/٢ . جَمِيعُهُمْ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٦٤/٢ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ٢١٢ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَفِي : ٣٨٨ ، ٣٨٧/٢ . عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَفِي ٢٧٩/٥ عَنْ ثَوْبَانَ .

(١٠) ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي يَعْلَى ، فِي تَرْجُمَتِهِ ، فِي : طَبَقَاتِ الْحَنَابِلَةِ ١٢٠/٢ .

(١١) فِي م : « وَالرَّاشِي » .

يُرْتَشَى لِيَحْكَمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ ، أَوْ لِيُوقِفَ الْحُكْمَ عَنْهُ ، وَذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الظُّلْمِ . قَالَ مَسْرُوقٌ :
سَأَلْتُ ابْنَ مَسْعُودٍ عَنِ السُّحْتِ ، أَهِيَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ ؟ قَالَ : لَا ، ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا
أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ ^(١٢) وَ ﴿ الظَّالِمُونَ ﴾ ^(١٣) وَ ﴿ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(١٤) وَلَكِنَّ
السُّحْتَ أَنْ يَسْتَعِينَكَ الرَّجُلُ عَلَى مَظْلَمَةٍ ، فَيُهْدِي لَكَ ، فَلَا تَقْبَلُ ^(١٥) . وَقَالَ قَتَادَةُ : قَالَ
كَعْبٌ : الرِّشْوَةُ تُسَفِّهُ الْحَلِيمَ ، وَتُعْيِي عَيْنَ الْحَكِيمِ . فَأَمَّا الرَّاشِي فَإِنْ رَشَاهُ لِيَحْكَمَ لَهُ
بِبَاطِلٍ ، أَوْ يَدْفَعُ عَنْهُ / حَقًّا ، فَهُوَ مُلْعُونٌ ، وَإِنْ رَشَاهُ لِيَدْفَعَ ظُلْمَهُ ، وَيَجْزِيَهُ عَلَى وَاجِبِهِ ، فَقَدْ
قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ : لَا بَأْسَ أَنْ يُصَانَعَ عَنْ نَفْسِهِ . قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ : مَا
رَأَيْتُ فِي زَمَنِ زِيَادٍ ^(١٦) أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرِّشَا . وَلَئِنَّهُ يَسْتَنْقِذُ مَالَهُ كَمَا يَسْتَنْقِذُ الرَّجُلُ أَسِيرَهُ . فَإِنْ
ارْتَشَى الْحَاكِمُ ، أَوْ قَبَلَ هَدِيَّةً لَيْسَ لَهُ قَبُولُهَا ، فَعَلَيْهِ رَدُّهَا إِلَى أَرْبَابِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهَا ^(١٧) بِغَيْرِ
حَقٍّ ، فَأَشْبَهَ الْمَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ
يَأْمُرْ ابْنَ التُّبَيْيَةِ بِرَدِّهَا عَلَى أَرْبَابِهَا . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَهْدَى الْبَطْرِيقُ لِسَاحِبِ الْجَيْشِ عَيْنًا
أَوْ فِضَّةً ، لَمْ تَكُنْ لَهُ دُونَ سَائِرِ الْجَيْشِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : يَكُونُونَ فِيهِ ^(١٨) سَوَاءً .

فصل : وَلَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِنَفْسِهِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو الْأَسْوَدِ
الْمَالِكِيُّ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا عَدَلَ وَإِلَّا اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ
أَبَدًا » ^(١٩) . وَلَئِنَّهُ يُعْرِفُ فَيْحَابِي ، فَيَكُونُ كَالْهَدِيَّةِ ، وَلَئِنْ ذَلِكَ يَشْغُلُهُ عَنِ النَّظَرِ فِي أُمُورِ
النَّاسِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرِ الصَّدِّيقِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَمَّا بُويعَ ، أَخَذَ الذَّرَاعَ وَقَصَدَ
السُّوقَ ، فَقَالُوا : يَا خَلِيفَةَ رَسُولِ اللَّهِ ، لَا يَسْعُكَ أَنْ تَشْتَغَلَ عَنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ :
فَأِنِّي لَا أَدْعُ عِيَالِي يَضِيعُونَ . قَالُوا : فَنَحْنُ نَفْرِضُ لَكَ مَا يَكْفِيكَ . ففَرَضُوا لَهُ كُلَّ يَوْمٍ
دِرْهَمَيْنِ ^(٢٠) . فَإِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِشَرْطِهِ وَأَرْكَانِهِ . وَإِنْ اخْتِاجَ

(١٢) الآيات ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ ، من سورة المائدة .

(١٣) أخرجه البيهقي ، في : باب التشديد في أخذ الرشوة ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٩/١٠ .

(١٤) في م : « زيادة » . وهو يعني زياد بن أبيه .

(١٥) في ب زيادة : « منهم » .

(١٦) في ب : « فيها » .

(١٧) عزاه السيوطي إلى الحاكم في الكنى . انظر : الفتح الكبير ٩٦/٣ . فيض القدير ٤٥٦/٥ .

(١٨) تقدم تخريجه ، في : صفحة ١٠ .

إلى مباشرته ، ولم يكن له من يكفيه ، جاز ذلك ، ولم يكره ؛ لأن أبا بكر ، رضى الله عنه ، قصد السوق ليتجرف فيه ، حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعياله فرض عيني ، فلا يتركه لوهم مضرة ، وإنما^(١٩) إذا استغنى عن مباشرته ، ووجد من يكفيه ذلك ، كره له ؛ لما ذكرنا من المعنيين . وينبغي أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله ؛ لئلا يحابي . وهذا مذهب / الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة ، أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف ؛ لما ذكرنا من قضية أبي بكر ، رضى الله عنه . ولنا ، ما ذكرناه . وروى عن شريح ، أنه قال : شرط على عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع ، ولا أبتاع ، ولا أرتشي ، ولا أقضي وأنا غضبان^(٢٠) . وقضية أبي بكر حجة لنا ؛ فإن الصحابة أنكروا عليه ، فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع ، فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا له^(٢١) ، قبل قولهم ، وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها .

فصل : ويجوز للحاكم حضور الولائم ؛ لأن النبي ﷺ كان يحضرها ، ويأمر بحضورها ، وقال : « من لم يجب فقد عصى الله ورسوله »^(٢٢) . فإن كثرت وازدحمت ، تركها كلها ، ولم يجب أحدا ؛ لأن ذلك يشغله عن الحكم الذي قد تعين عليه ، لكنه يعتذر إليهم ، ويسألهم التحليل ، ولا يجب بعضا دون بعض ؛ لأن في ذلك كسر القلب من لم يجبه ، إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون في أحدهما متكرر ، أو تكون في مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمنا طويلا ، والأخرى بخلاف ذلك ، فله الإجابة إليها دون الأولى ؛ لأن عذره ظاهر في التخلف عن الأولى .

فصل : وله عيادة المرضى ، وشهود الجنائز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ؛ لأنه قرينة وطاعة ، وإن كثر ذلك ، فليس له الاشتغال به عن الحكم ؛ لأن هذا تبرع ، فلا يشتغل به عن الفرض^(٢٣) ، وله حضور البعض دون البعض ؛ لأن

(١٩) في م : « وأما » .

(٢٠) انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٤ . وإرواء الغليل ٢٥٠/٨ .

(٢١) في م : « لهم » .

(٢٢) تقدم تخريجه ، في ١٩٤/١٠ ، الحديث الثالث .

(٢٣) في النسخ : « الغرض » .

هذا يَفْعَلُهُ لِنَفْعِ نَفْسِهِ بِتَحْصِيلِ^(٢٤) الْأَجْرِ ، وَالْقُرْبَةِ لَهُ ، وَالْوَلَاءُ ثُمَّ يُرَاعَى فِيهَا حَقُّ الدَّاعِي ،
فَيَنْكَسِرُ قَلْبُ مَنْ لَمْ يُجِبْهُ إِذَا أَجَابَ غَيْرَهُ .

١٨٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَعْدِلُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الدُّخُولِ عَلَيْهِ ،

وَالْمَجْلِسِ ، / وَالْخِطَابِ) ٢٨/١١

وجملته ، أن على القاضي العدل بين الخصمَيْنِ في كل شيء ، من المجلس ،
والخطاب ، «^(١) وَاللَّحْظُ وَاللَّفْظُ » ، والدُّخُولُ عليه ، والإِنْصَاتِ إليهما ، والاستِماعِ
منهما . وهذا قول شُرَيْحٍ ، وأبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم فيه مخالفا . وقد روى عمرُ
ابن شُبَّةَ ، في كتاب « قضاة البصرة » ، بإسناده عن أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ
بُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِي لَفْظِهِ ، وَإِشَارَتِهِ^(٢) ، وَمَقْعَدِهِ ، وَلَا يَرْفَعْ
صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخَرِ^(٣) . وفي رواية : « فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ ؛ فِي
النَّظَرِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَالْإِشَارَةِ » . وكتب عمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إلى أبي موسى^(٤) : سَوِّ^(٥) بَيْنَ
النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ ، حَتَّى لَا يَيْئَسَ الضَّعِيفُ مِنْ عَدْلِكَ ، وَلَا يَطْمَئِنَّ
شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ^(٦) . وقال سَعِيدٌ ، ثنا هُشَيْمٌ ، ثنا^(٧) سَيَّارٌ^(٨) ، ثنا الشَّعْبِيُّ ، قال : كان
بين عمر بن الخطاب ، وأبي بن كعبٍ بَدَارٌ^(٩) في شيء ، فجعل بينهما زيد بن ثابت ، فأثياه
في منزله ، فقال له عمرُ : أَتَيْنَاكَ لَتَحْكُمَ بَيْنَنَا ، فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكْمُ^(١٠) . فوسَّعَ له زيدٌ عن

(٢٤) في م : « لتحصيل » .

(١-١) في الأصل : « واللحظة واللفظة » .

(٢) في الأصل : « وإشاراته » .

(٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٣٥/١٠ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « واس » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٩٣/١٣ .

(٧) في الأصل : « أخبرنا » .

(٨) في الأصل : « يسار » . وما هنا في : السنن الكبرى ١٣٦/١٠ أيضا .

(٩) في السنن الكبرى : « تدارى » .

(١٠) في م : « الحاكم » . وهو مثل معروف .

صَدْرٍ فَرَّاشِهِ ، فقال : ههنا يا أمير المؤمنين . فقال له عمرُ : جُرْتُ في أوَّلِ القضاءِ ، ولكنْ أَجْلِسْ معَ خَصْمِي . فجلَسا بين يديه ، فادَّعى أُبَيٌّ وأَنكَرَ عمرُ ، فقال زيدُ لأُبَيٍّ ، أعِفْ أميرَ المؤمنين من اليمينِ ، وما كنتُ لأَسأَلُها لأحدٍ غيرِهِ . فحَلَفَ عمرُ ، ثم أقسمَ : لا يُدْرِكُ زيدُ بابَ القضاءِ ، حتى يكونَ عمرُ ورجُلٌ من غرضِ المسلمين عنده سِوَاءٌ^(١١) . ورواهُ عمرُ بنُ شُبَّةَ ، وفيه : فلما أتيا بابَ زيدٍ ، خرجَ فقال : السَّلَامُ عليك يا أميرَ المؤمنين ، لو أرسلتَ إليَّ أثبتَكَ^(١٢) . قال : في بَيْتِهِ يُؤْتَى الحَكَمُ . فلما دَخَلَ^(١٣) عليه ، قال : ههنا يا أميرَ المؤمنين . قال : بل أَجْلِسْ معَ خَصْمِي . فادَّعى أُبَيٌّ وأَنكَرَ عمرُ ، ولم تكنْ لأُبَيٍّ يَبِنةٌ ، فقال زيدُ : أعِفْ أميرَ المؤمنين من اليمينِ . فقال عمرُ : تَاللَّهِ إِن زِلْتَ ظالِمًا ، السَّلَامُ / عليك يا أميرَ المؤمنين . ههنا^(١٤) يا أميرَ المؤمنين . أعِفْ أميرَ المؤمنين^(١٥) . وَلِمَ يُعْفَى أميرَ المؤمنين ؟ إِن كَانَ لِي حَقٌّ اسْتَحَقَّقْتُهُ بِيَمِينِي ، وَإِلَّا تَرَكْتُهُ ، وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ، إِنَّا النَّخْلَ لَنَخْلِي ، وما لأُبَيٍّ فيها حَقٌّ . ثم أقسمَ عمرُ : لا يُصِيبُ زيدُ وَجْهَ القضاءِ حتى يكونَ عمرُ وغيرُهُ من الناسِ عنده سِوَاءٌ . فلما خَرَجَا وَهَبَ النَّخْلَ لأُبَيٍّ ، فقليلُ له : يا أميرَ المؤمنين ، فهِلَّا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَحْلِفَ ؟ قال : خِفْتُ أَنْ أَتَرَكَ الْيَمِينَ ، فَتَصِيرَ سُنَّةٌ ، فَلَا يَحْلِفُ النَّاسُ عَلَى حُقُوقِهِمْ . وقال إبراهيمُ : جاء رجلٌ إلى شُرَيْحٍ ، وعنده السَّرِيُّ بْنُ وَقَّاصٍ ، فقال الرجلُ لشُرَيْحٍ : أعِدْنِي عَلَى هَذَا الْجَالِسِ عِنْدَكَ . فقال شُرَيْحٌ للسَّرِيِّ : قُمْ فَاجْلِسْ معَ خَصْمِكَ . قال : إِنِّي أَسْمَعُكَ مِنْ مَكَانِي . قال : لا ، قُمْ فَاجْلِسْ معَ خَصْمِكَ . فَأُبَيٌّ أَنْ يَسْمَعَ مِنْهُ حَتَّى أَجْلِسَ مَعَ خَصْمِهِ . وفي روايةٍ أَنَّهُ^(١٥) قال : إِنَّا مَجْلِسُكَ يُرِيهِ ، وَإِنِّي لَا أَدْعُ النَّصْرَةَ وَأَنَا عَلَيْهَا قَادِرٌ . ولما تَحَاكَمَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَالْيَهُودِيُّ إِلَى شُرَيْحٍ ، قال

(١١) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٣٩ .

(١٢) في ب ، م : « لأثبتك » .

(١٣) في الأصل : « دخل » .

(١٤-١٥) في م : « ههنا أعف أمير المؤمنين » .

(١٥) سقط من : م .

عَلَى : إِنْ خَصِمِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ ^(١٦) . وَلَئِنْ الْحَاكِمَ إِذَا مِيزَ أَحَدَ
الْخَصْمَيْنِ عَلَى ^(١٧) الْآخَرِ حُصِرَ ، وَانْكَسَرَ قَلْبُهُ ^(١٨) ، وَرَبَّمَا لَمْ تَقُمْ حُجَّتُهُ ، فَأَدَّى ذَلِكَ إِلَى
ظُلْمِهِ . وَإِنْ أَذِنَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ لِلْحَاكِمِ فِي رَفْعِ الْخَصْمِ الْآخَرَ عَلَيْهِ فِي الْمَجْلِسِ ، جَازَ ؛
لَأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَلَا يَنْكَسِرُ قَلْبُهُ إِذَا كَانَ هُوَ الَّذِي رَفَعَهُ . وَالسُّنَّةُ أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيْ
الْقَاضِي ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيْ الْحَاكِمِ . رَوَاهُ أَبُو
دَاوُدَ ^(١٩) . وَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَوْ أَنَّ خَصِمِي مُسْلِمٌ لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ . وَلَئِنْ
ذَلِكَ أَمَكْنُ لِلْحَاكِمِ فِي الْعَدْلِ بَيْنَهُمَا ، وَالْإِقْبَالِ عَلَيْهِمَا ، وَالنَّظَرِ فِي تَحْصُومَتِهِمَا . وَإِنْ كَانَ
الْخَصْمَانِ ذِمِّيَّيْنِ ، سَوَى بَيْنَهُمَا أَيْضًا ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي دِينِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا
وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا ، جَازَ رَفْعُ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، لَمَّا رَوَى / إِبْرَاهِيمُ التَّيْمِيُّ ، قَالَ : وَجَدَ عَلِيُّ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢٠) ، دِرْعَهُ مَعَ يَهُودِيٍّ ، فَقَالَ : دِرْعِي ، سَقَطَتْ وَقْتُ كَذَا وَكَذَا . فَقَالَ
الْيَهُودِيُّ : دِرْعِي ، وَفِي يَدَيَّ ، بَيْنِي وَبَيْنَكَ قَاضِي الْمُسْلِمِينَ . فَارْتَفَعَا إِلَى شُرَيْحَ ، فَلَمَّا
رَأَاهُ شُرَيْحَ قَامَ مِنْ مَجْلِسِهِ ، وَأَجْلَسَهُ فِي مَوْضِعِهِ ، وَجَلَسَ مَعَ الْيَهُودِيِّ بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَقَالَ
عَلِيُّ : إِنْ خَصِمِي لَوْ كَانَ مُسْلِمًا لَجَلَسْتُ مَعَهُ بَيْنَ يَدَيْكَ ، وَلَكِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ يَقُولُ : « لَا تُسَاوَوْهُمْ فِي الْمَجَالِسِ » . ذَكَرَهُ أَبُو نُعَيْمٍ ، فِي « الْحِلْيَةِ » . وَلَا
يَنْبَغِي أَنْ يُضَيَّفَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ دُونَ صَاحِبِهِ ، إِمَّا أَنْ يُضَيَّفَهُمَا مَعًا أَوْ يَدْعَهُمَا . وَقَدَرَوِي
عَنْ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، أَنَّهُ نَزَلَ بِهِ رَجُلٌ ، فَقَالَ لَهُ : أَلَيْكَ ^(٢١) خَصْمٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ .
قَالَ : تَحْوُلْ عَنَّا ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا تُضَيَّفُوا أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِلَّا

و ٢٩/١١

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ إِنْصَافِ الْخَصْمَيْنِ ... ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٣٦ .

وَأَبُو نُعَيْمٍ ، فِي : الْحِلْيَةِ ٤/١٣٩ . وَوَكَيْعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاةِ ٢/٢٠٠ .

(١٧) فِي ب : « عَنْ » .

(١٨) لَمْ يَرِدْ فِي : الْأَصْلِ ، ب .

(١٩) فِي : بَابِ كَيْفِ يَجْلِسُ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٧١ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ إِنْصَافِ الْخَصْمَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٣٥ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٢١) فِي ب ، م : « إِنَّكَ » .

وَمَعَهُ خَصْمُهُ» (٢٢). وَلَآنَ ذَلِكَ يُوْهِمُ الْخَصْمَ مِثْلَ الْحَاكِمِ إِلَى مَنْ أَضَافَهُ . وَلَا يُلْقَنُ أَحَدُهُمَا حُجَّتَهُ ، وَلَا مَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى خَصْمِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُرِيدَ أَحَدُهُمَا الْإِقْرَارَ ، فَيُلْقِنَهُ الْإِنْكَارَ ، أَوِ الْيَمِينَ فَيُلْقِنَهُ النُّكُولَ ، أَوِ النُّكُولَ ، فَيُجَرِّثُهُ عَلَى الْيَمِينِ ، أَوْ يُحَسِّنُ مِنَ الشَّاهِدِ بِالتَّوْقُفِ ، فَيُجَسِّرُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ ، أَوْ يَكُونُ مُقَدِّمًا عَلَى الشَّهَادَةِ ، فَيُوقِفُهُ عَنْهَا ، أَوْ يَقُولُ لِأَحَدِهِمَا وَاحِدَهُ : تَكَلَّمْ . وَنَحْوُ هَذَا مَا فِيهِ إِضْرَارٌ بِخَصْمِهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ الْعَدْلَ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ لَقِنَ النَّبِيُّ ﷺ السَّارِقَ ، فَقَالَ : « مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ » (٢٣) . وَقَالَ عُمَرُ لِرِيَادٍ : أَرْجُو أَنْ لَا يَفْضَحَ اللَّهُ عَلَى يَدَيْكَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (٢٤) . قُلْنَا : لَا يَرِدُ هَذَا الْإِلْزَامُ هَهُنَا ؛ فَإِنَّ هَذَا فِي حُقُوقِ اللَّهِ وَحُدُودِهِ ، وَلَا خَصْمَ لِلْمَقْرَرِّ ، وَلَا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ فِي تَلْقِينِهِ خَيْفٌ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ ، وَلَا تَرْكٌ لِلْعَدْلِ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ ، وَالَّذِي قُلْنَا فِي الْخَصْمَيْنِ (٢٥) الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي حَقٍّ مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ . وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَعَنَّتْ (٢٦) الشَّاهِدُ ، وَلَا يُدَاخِلَهُ / فِي كَلَامِهِ ، وَيُعَنِّفَهُ فِي أَلْفَاظِهِ .

ظ ٢٩/١١

فصل : وَإِذَا حَضَرَ الْقَاضِي خُصُومٌ كَثِيرٌ (٢٧) ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَبْعَثَ مَنْ يَكْتُبُ مَنْ جَاءَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ ، فَيُقَدِّمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : الْأَحْسَنُ أَنْ يَتَّخِذَ خَيْطًا مَمْدُودًا ، طَرَفُهُ يَلِي مَجْلِسَ الْحَاكِمِ ، وَالطَّرَفُ الْآخِرُ يَلِي مَجْلِسَ الْخُصُومِ ، فَكُلُّ مَنْ جَاءَ كَتَبَ اسْمَهُ فِي رُقْعَةٍ ، وَثَقَبَهَا ، وَأَدْخَلَهَا فِي الْخَيْطِ مِمَّا يَلِي مَجْلِسَ الْخُصُومِ ، حَتَّى يَأْتِيَ عَلَى آخِرِهِمْ ، فَإِذَا جَلَسَ الْقَاضِي مَدَّ يَدَهُ إِلَى الطَّرَفِ الَّذِي يَلِيهِ ، فَأَخَذَ الرُّقْعَةَ الَّتِي يَلِيهِ ، ثُمَّ الَّتِي بَعْدَهَا كَذَلِكَ ، حَتَّى (٢٨) تَفْرَغَ الرُّقَاعُ (٢٨) ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَزَالَ الْوَقْتُ الَّذِي يَقْضَى فِيهِ ، عَرَفَ الطَّرَفَ الَّذِي يَلِيهِ حِينَ يَجْلِسُ ، فَيَتَنَاوَلُ فِي الْمَجْلِسِ الثَّانِي الرُّقَاعَ ، كِفَعْلِهِ بِالْأَمْسِ . وَالْاِعْتِبَارُ بِسَبْقِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، وَمَتَى قُدِّمَ رَجُلًا بِسَبْقِهِ (٢٩) ،

(٢٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَضِيفَ الْخَصْمَ إِلَّا وَخَصَّمَهُ مَعَهُ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠/١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ١٢/٤٦٥ .

(٢٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ١١/١٨٤ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٦) فِي م : « يَعْنَتْ » .

(٢٧) فِي ب ، م : « كَثِيرَةٌ » .

(٢٨-٢٨) فِي م : « يَأْتِي عَلَى آخِرِهَا » .

(٢٩) فِي م : « لِسَبْقِهِ » .

فحكم بينه وبين خصمه ، فقال : لى دَعَوَى أُخْرَى . لم يَسْمَعْ منه ؛ لأنه قد قَدَّمه بِسَبْقِهِ فى حُصُومَةٍ ، فلا يَقْدُمُهُ بِأُخْرَى ، ويقولُ له : اجْلِسْ حتى إذا لم يَبْقَ أَحَدٌ مِنَ الحاضِرِينَ ، نَظَرْتُ فى دَعَوَاكَ الأُخْرَى إن (٣٠) أَمَكْنَ . فإذا فَرَّغَ الكُلُّ ، فقال الأَخِيرُ بعدَ فصلِ حُصُومَتِهِ : لى دَعَوَى أُخْرَى . لم يَسْمَعْ منه ، حتى يَسْمَعَ دَعَوَى الأوَّلِ الثَّانِيَةِ ، ثُمَّ يَسْمَعَ دَعْوَاهُ . وإن ادَّعى المُدَّعى عليه ، على المُدَّعى ، حَكَمَ بينهما ؛ لأنَّنا إِنَّمَا نَعْتَبِرُ الأوَّلَ فالأوَّلَ فى المُدَّعى (٣١) ، لا فى المُدَّعى عليه . وإذا تَقَدَّمَ الثَّانِى ، فادَّعى على المُدَّعى الأوَّلَ ، أو المُدَّعى عليه الأوَّلَ ، حَكَمَ بينهما . وإن حَضَرَ اثنان ، أو جَمَاعَةٌ دَفْعَةً واحدةً ، أقرَّعَ بينهم ، فَقَدَّمَ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوَى حُقُوقُهُمْ ، وإن كَثُرَ عَدَدُهُمْ ، كَتَبَ أَسْمَاءَهُمْ فى رِقَاعٍ ، وَتَرَكَهَا بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَمَدَّ يَدَهُ فَأَخَذَ رُقْعَةً رُقْعَةً ، واحدةً بعدَ أُخْرَى ، وَيُقَدِّمُ صَاحِبَهَا حَسَبَ مَا يَتَّفِقُ .

فصل : / فإن حَضَرَ مُسَافِرُونَ وَمُقِيمُونَ ، وَكَانَ المُسَافِرُونَ قَلِيلًا ، بِحَيْثُ لَا يَضُرُّ (٣٢) تَقْدِيمُهُمْ عَلَى المُقِيمِينَ ، قَدَّمَهم ؛ لأنَّهُمْ عَلَى جَنَاحِ السَّفَرِ ، وَيَسْتَعْمِلُونَ بِمَا يَصْلُحُ لِلرَّحِيلِ ، وَقَدْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْهُمْ الصَّوْمَ وَشَطَرَ الصَّلَاةَ تَخْفِيفًا عَنْهُمْ ، وَفِي تَأْخِيرِهِمْ ضَرَرٌ بِهِمْ ، فَإِنْ شَاءَ أَفْرَدَ لَهُمْ يَوْمًا يَفْرُغُ مِنْ حَوَائِجِهِمْ فِيهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَدَّمَهم مِنْ غَيْرِ إِفْرَادٍ يَوْمًا لَهُمْ . فَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا ، بِحَيْثُ يَضُرُّ تَقْدِيمُهُمْ ، فَهَمَّ وَالْمُقِيمُونَ سَوَاءً ، لَأَنَّ تَقْدِيمَهُمْ مَعَ الْقِلَّةِ ، إِنَّمَا كَانَ لَدَفْعِ (٣٣) الْمَضَرَّةِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِمْ ، فَإِذَا آلَ دَفْعُ ضَرَرِهِمْ (٣٤) إِلَى الضَّرَرِ بغيرِهِمْ ، تَسَاوَوْا . وَلَا خِلَافَ فى أَكْثَرِ هَذِهِ الآدَابِ ، وَأَنَّهَا لَيْسَتْ شَرْطًا فى صَحَّةِ الْقَضَاءِ ، فَلَوْ قَدَّمَ الْمُسْبِقَ ، أَوْ قَدَّمَ الْحَاضِرِينَ ، أَوْ نَحْوَهُ ، كَانَ قَضَاؤُهُ صَحِيحًا .

فصل : وإذا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ خَصْمَانِ ، فَإِنْ شَاءَ قَالَ : مَنْ المُدَّعى مِنْكُمَا ؟ لَأَنَّهُمَا حَضَرَا لَذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ سَكَتَ ، وَيَقُولُ الْقَائِمُ عَلَى رَأْسِهِ : مَنْ المُدَّعى مِنْكُمَا ؟ إِنْ سَكَتَا

(٣٠) فى ب : « إذ » .

(٣١) فى ب ، م : « الدعوى » .

(٣٢) فى الأصل : « يضرهم » .

(٣٣-٣٢) فى م : « الضرر المختص » .

(٣٤) فى م : « الضرر عنهم » .

جميعاً . ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما : تكلم . لأن في إفراذه بذلك تفضيلاً له ،
 وتركاً للإنصاف . قال (٣٥) عمرو بن قيس (٣٥) : شهدت شريحاً إذا جلس إليه
 الخصمان ، ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر
 يشغب ، غمزته حتى يفرغ المدعى ، ثم يقول : تكلم . فإن بدأ أحدهما ، فادعى ، فقال
 خصمه : أنا المدعى . لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال : أجب عن دعواه ، ثم ادع بعد
 ما شئت . فإن ادعى معاً ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما . وهو قياس قول الشافعي ؛ لأن
 أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقد تعذر الجمع بينهما ، فيقرع بينهما ، كالمراةين إذا
 زفتا في ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل : يرجأ أمرهما
 حتى يتبين المدعى / منهما . وما ذكرناه أولى ؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في
 القضيتين معاً ، وإرجاء أمرهما إضراراً بهما ، (٣٦) وفي كل ما (٣٦) ذكرنا دفع للضرر (٣٧)
 بحسب الإمكان ، وله نظير في مواضع من الشرع ، فكان أولى .

فصل : ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ؛ لأن الحاكم
 يسأل المدعى عليه عما ادّعاه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة (٣٨) ،
 ويقارق الإقرار ؛ فإن الحق عليه ، فلا يسقط بتركه إثباته ، وإنما صححت الدعوى في
 الوصية مجهولة ؛ لأنها تصبح مجهولة ؛ فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح ، فلا يمكنه (٣٩)
 أن يدعيها إلا كمجهولة كما ثبت ، وكذلك الإقرار ، لما صح أن يقر بمجهول ، صح لخصمه
 أن يدعي عليه أنه أقر له بمجهول . إذا ثبت هذا ، فإن كان المدعى أثماً ، فلا بد من ذكر
 ثلاثة أشياء ؛ الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول : عشرة دنانير مصرية (٤٠) . وإن اختلفت
 بالصحاح والمكسرة ، قال : صحاح . أو قال : مكسرة . وإن كانت الدعوى في غير

(٣٥-٣٥) في الأصل : « عمرو بن قسر » . وفي ب ، م : « عمر بن قيس » . وانظر : أخبار القضاة ، لوكيع
 ٣٠٧/٢ .

(٣٦-٣٦) في ب ، م : « وفيما » .

(٣٧) في م : « الضرر » .

(٣٨) في ب : « مجهولاً » .

(٣٩) في ب : « يمكن » .

(٤٠) في م : « بصرية » .

الاثمان ، وكانت عينا تنضبط بالصفات ، كالحبوب والياب والحيوان ، احتاج أن يذكر الصفات التي تشرط في السلم ، وإن ذكر القيمة كان أكد ، إلا أن الصفة تغني فيه كما تغني في العقد . وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة ، فلا بد من ذكر قيمتها ؛ لأنها لا تنضبط إلا بها . وإن كان المدعى تالفا ، وهو مما له مثل ، كالمكيل والموزون ، ادعى مثله ، وضبطه بصفته . وإن كان مما لا مثل له ، كالنبات والحيوان ، ادعى قيمته ؛ لأنها تجب بتلفه . وإن كان التالف شيئا محلي بفضة أو بذهب ، قومه بغير جنس جلته ، وإن كان محلي بذهب وفضة ، قومه بما شاء منهما ؛ لأنه موضع حاجة . وإن كان المدعى عقارا ، فلا بد من بيان موضعه ^(٤١) / وحدوده ، فيدعى أن هذه الدار بخودها وحقوقها لي ، وأنها في يده ظلما ، وأنا أطالبه بردها علي . وإن ادعى عليه أن هذه الدار لي ، وأنه يمنعني منها ، صححت الدعوى وإن لم يقل إنها في يده ؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده . وإن ادعى جراحة لها أرض معلوم ، كالموضحة من الحر ، جاز أن يدعى الجراحة ولا يذكر أرضها ؛ لأنه معلوم . وإن كانت من عبد ، أو كانت من حر لا مقدّر فيها ، فلا بد من ذكر أرضها . وإن ادعى على أبيه دين ، لم تسمع الدعوى حتى يدعى أن أباه مات ، وترك في ^(٤٢) يد ولده ^(٤٢) مالا ؛ لأن الولد لا يلزمه قضاء دين والده ما لم يكن كذلك . ويحتاج أن يذكر تركة أبيه ، ويحررها ، ويذكر قدرها ، كما يصنع في قدر الدين . هكذا ذكره القاضي . والصحيح أنه يحتاج إلى ذكر ثلاثة أشياء ؛ تحرير دينه ، وموت أبيه ، وأنه وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لدينه . وإن قال : ما فيه وفاء لبعض دينه . احتاج أن يذكر ذلك القدر . والقول قول المدعى عليه ، في نفي تركة الأب مع يمينه . وإن أنكر موت أبيه ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف على نفي العلم ؛ لأنه على نفي فعل الغير ، وقد يموت ولا يعلم به ابنه ، ويكفيه أن يحلف أنه ^(٤٣) ما وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء بحقه ^(٤٤) ، ولا شيء منه ، ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يحلف شيئا ؛ لأنه قد

(٤١) في م : « وضعه » .

(٤٢-٤٢) في م : « يده » .

(٤٣) في م : « أن » .

(٤٤) في ب ، م : « حقه » .

يُخْلَفُ تَرْكُهُ فَلَا تَصِلُ إِلَيْهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ الْإِيفَاءُ مِنْهُ ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ الْمُدَّعَى تَحْرِيرَ الدَّعْوَى ، فَهَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُلْقِنَهُ تَحْرِيرَهَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِهِ فِي ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعَانَةً أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فِي حُكُومَتِهِ .

فصل : إِذَا حَرَّرَ الْمُدَّعَى دَعْوَاهُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَ خَصْمَهُ الْجَوَابَ قَبْلَ أَنْ يَطْلُبَ مِنْهُ الْمُدَّعَى / ذَلِكَ ، لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ إِحْضَارَهُ وَالِدَّعْوَى إِنَّمَا يُرَادُّ لِيَسْأَلَ الْحَاكِمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَغْنَى ذَلِكَ عَنْ سُؤَالِهِ ، فَيَقُولُ لَخَصْمِهِ : مَا تَقُولُ فِيمَا يَدَّعِيهِ ؟ فَإِنْ أَقْرَأَ لِرَمَاهُ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ الْمُقَرَّرِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَيْهِ حَقُّ لَهُ ، فَلَا يَسْتَوْفِيهِ إِلَّا بِمَسْأَلَةِ مُسْتَحَقَّةٍ ، هَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْحُكْمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ ذَلِكَ ، فَاكْتَفَى بِهَا ، كَمَا اكْتَفَى بِهَا فِي مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْجَوَابَ ، وَلِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَا يَعْرِفُ مُطَالَبَةَ الْحَاكِمِ بِذَلِكَ ، فَيَتْرَكُ مُطَالَبَتَهُ بِهِ لِجَهْلِهِ ، فَيَضِيعُ حَقُّهُ ، فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ قَبْلَ مَسْأَلَتِهِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، إِنْ سَأَلَهُ الْخَصْمُ فَقَالَ : احْكُمْ لِي . حَكَمَ عَلَيْهِ ، وَالْحُكْمُ أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ ، أَوْ قَضَيْتُ عَلَيْكَ لَهُ . أَوْ يَقُولَ : أَخْرَجْ لَهُ مِنْهُ . فَمَتَى قَالَ لَهُ أَحَدُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ ، كَانَ حُكْمًا بِالْحَقِّ ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَقَالَ : لَا حَقَّ لَكَ قَبْلِي . فَهَذَا مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، قَالَ الْحَاكِمُ : أَلَكْ بَيِّنَةٌ ؟ لَمَّا رَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ؛ حَضَرَمِيُّ وَكِنْدِيُّ ، فَقَالَ الْحَضَرَمِيُّ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي . فَقَالَ الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي ، وَفِي يَدِي ، فَلَيْسَ ^(٤٥) لَهُ فِيهَا حَقٌّ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضَرَمِيِّ : « أَلَكْ بَيِّنَةٌ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَلَكْ يَمِينُهُ » ^(٤٦) . وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَارِفًا بِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْبَيِّنَةِ ، فَالْحَاكِمُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ : أَلَكْ بَيِّنَةٌ ؟ وَبَيْنَ أَنْ يَسْكُتَ ، فَإِذَا قَالَ لَهُ : أَلَكْ بَيِّنَةٌ ؟ فَذَكَرَ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً حَاضِرَةً ، لَمْ يَقُلْ لَهُ الْحَاكِمُ : أَحْضِرْهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ لَهُ ، ^(٤٧) فَلَهُ أَنْ ^(٤٧) يَفْعَلَ مَا يَرَى . وَإِذَا أَحْضَرَهَا لَمْ يَسْأَلْهَا الْحَاكِمُ عَمَّا عِنْدَهَا حَتَّى يَسْأَلَ الْمُدَّعَى ذَلِكَ ؛

(٤٥) فِي م : « وَلَيْسَ » .

(٤٦) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : صَفْحَةُ ٣٢ .

(٤٧-٤٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . وَفِي ب : « لَهُ أَنْ » .

لأنه حق له فلا^(٤٨) يسأله ، ولا^(٤٩) يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها ، قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها^(٥٠) ، إن شاء ؟ . ولا يقول لهما : اشهدا . / لأنه أمر . وكان شريح يقول للشاهدين : ما أنا دعوتكما ، ولا أنها كما أن ترجعا ، وما يقضى على هذا المسلم غيركما ، وإني بكما أقضى اليوم ، وبكما أتقى يوم القيامة^(٥١) . وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب ردّ شهادتهما ، ردّها . كما روى عن شريح ، أنه شهد عنده شاهد ، وعليه قباء مخروط الكمين ، فقال له شريح : أتُحسين أن تتوضأ ؟ قال : نعم . قال : فاحسِر عن ذراعَيْك . فذهب يحسِر عنهما ، فلم يستطِع ، فقال له شريح : قُمْ ، فلا شهادة لك^(٥٢) . وإن أديا الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقولوا : بلغنا أن عليه ألفا ، أو سمعنا ذلك . ردّ^(٥٣) شهادتهما . وشهد رجل عند شريح ، فقال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرْفَقه حتى مات . فقال شريح : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرْفَقه حتى مات .^(٥٤) قال : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرْفَقه حتى مات^(٥٥) . قال : قُمْ ، لا شهادة لك^(٥٦) . وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم ، قال للمشهود عليه : قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يقدح في شهادتهما ، فبيّنه عندي . فإن سأل الإِنْظَارَ ، أنظره اليَوْمين والثلاثة . فإن لم يخرج حكم عليه ؛ لأنَّ الحقَّ قد وُضِعَ^(٥٧) على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهما ، فرّقهم ، فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها ، فيقول : كنت أوّل مَنْ شهد ، أو كتبت ، أو لم تكتب ، وفي أيّ مكانٍ شهدت ، وفي أيّ شهر ، وأيّ يوم ؟ وهل كنت وحدك ، أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا ، سقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم . ويقال : أوّل مَنْ فعل هذا

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل .

(٤٩) في الأصل : « فليذكر » .

(٥٠) تقدم في صفحة ٥٢ .

(٥١) أن : ١ / القضاة ٢ / ٣٠١ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : « ردت » .

(٥٣-٥٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٤) في ب زيادة : « له » .

دَنِيَالُ . وَيَقَالُ : فَعَلَهُ سَلِيمَانُ ، وَهُوَ صَغِيرٌ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ سَبْعَةَ
نَفَرٍ خَرَجُوا ، فَفَقِدَ وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَأَتَتْ زَوْجَتُهُ عَلِيًّا ، فَدَعَا السَّبْعَةَ ، فَسَأَلَهُمْ عَنْهُ ، فَأُنْكَرُوا ،
فَفَرَّقَهُمْ ، وَأَقَامَ كُلَّ وَاحِدٍ عِنْدَ سَارِيَةٍ ، وَكُلُّ بِهِ ^(٥٥) مَنْ يَحْفَظُهُ ، وَدَعَا وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَسَأَلَهُ
فَأُنْكَرَ ، فَقَالَ : اللَّهُ أَكْبَرُ . فَظَنَّ الْبَاقُونَ أَنَّهُ قَدْ اعْتَرَفَ / ، فَدَعَاهُمْ ، فَاعْتَرَفُوا ، فَقَالَ
لِلأَوَّلِ : قَدْ شَهِدُوا عَلَيْكَ ، وَأَنَا قَاتِلُكَ . فَاعْتَرَفَ ، فَقَتَلَهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَدَاةَ التَّهْمَا ، بَحَثَ
عَنْهَا ، فَإِنْ لَمْ تُثَبِّتْ عَدَاةُ التَّهْمَا ، قَالَ لِلْمُدَّعَى : زِدْنِي شُهَدَاءً . وَإِنْ لَمْ ^(٥٦) تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
عَرَفَهُ الْحَاكِمُ أَنَّ لَكَ يَمِينَهُ . وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ قَبْلَ مَسْأَلَةِ الْمُدَّعَى ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ
حَقُّهُ ، فَلَمْ يَجْزِ اسْتِيفَاؤُهَا مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَةٍ مُسْتَحَقِّهَا ، كَنَفْسِ الْحَقِّ . فَإِنْ اسْتَحْلَفَهُ مِنْ
غَيْرِ مَسْأَلَةٍ ، أَوْ بَادَرَ الْمُنْكَرُ فَحْلَفَ ، لَمْ يُعْتَدَ بِيَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِهَا فِي غَيْرِ وَقْتِهَا . وَإِذَا
سَأَلَهَا ^(٥٧) الْمُدَّعَى ، أَعَادَهَا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَى لَمْ تَكُنْ يَمِينَهُ . وَإِنْ أُمْسَكَ الْمُدَّعَى عَنْ
إِخْلَافِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَرَادَ إِخْلَافَهُ بِالِدَّعْوَى الْمُتَقَدِّمَةِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسْقِطْ حَقُّهُ
مِنْهَا ، وَإِنَّمَا أَخْرَجَهَا . وَإِنْ قَالَ : أَبْرَأُكَ مِنْ هَذِهِ الْيَمِينِ . سَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا فِي هَذِهِ الدَّعْوَى ،
وَلَهُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَا يَسْقُطُ بِالْإِبْرَاءِ مِنَ الْيَمِينِ . فَإِنْ اسْتَأْنَفَ الدَّعْوَى ،
فَأُنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يُحْلِفَهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى غَيْرُ الدَّعْوَى الَّتِي أَبْرَأَ فِيهَا مِنَ
الْيَمِينِ ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعَى أَنْ يُحْلِفَهُ يَمِينًا أُخْرَى ، لِأَنَّهُ فِي هَذَا
الْمَجْلِسِ ، وَلَا فِي غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ لْجَمَاعَةٍ فَرَضُوا بِيَمِينٍ وَاحِدٍ ، جَازَ ، وَسَقَطَتْ
دَعْوَاهُمْ بِالْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ حَقُّهُمْ ؛ وَلَئِنَّهُ لَمَّا جَازَ ثُبُوتُ الْحَقِّ بَبَيِّنَةٍ وَاحِدَةٍ لْجَمَاعَةِ ، جَازَ
سُقُوطُهُ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ حَتَّى يَحْلِفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا .
وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ فِي حَقِّ الْوَاحِدِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهَا
اِثْنَانِ ، صَارَتِ الْحُجَّةُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَاقِصَةً ، وَالْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ لَا تَكْمُلُ بِرَضَى
الْخَصْمِ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ،

(٥٥) سقط من : ب .

(٥٦) سقط من : م .

(٥٧) في الأصل : « سألته » .

فإذا رَضِيََا به ، جاز ، ولا يُلْزَمُ من رِضاها يَمِينٍ واحدة ، أن يكون لكل واحد بعضُ
 اليمين ، كما أن الحقوق إذا قامت بها بينة واحدة ، لا يكون لكل حق بعضُ البينة ، فأما إن
 حلفه لجميعهم يَمِينًا واحدةً بغير / رِضاها ، لم تصحَّ يَمِينُهُ . بلا خلاف نَعْلَمُهُ . وقد
 حكى الإصطخري ، أن إسماعيل بن إسحاق القاضي ، حلف رجلًا بحق لرجلين يَمِينًا
 واحدةً ، فخطأه أهل عصره^(٥٨) . وإن قال المدعى : لى بينة غائبة . قال له الحاكم : لك
 يَمِينُهُ ، فإن شئت فاستحلفه ، وإن شئت أخرته إلى أن تُحضرَ بَيِّنَتُكَ ، وليس لك مُطالبته
 بكفيل ، ولا ملازمته حتى تُحضرَ البينة . نص عليه أحمد . وهو مذهب الشافعي ؛ لقول
 رسول الله ﷺ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ »^(٥٩) . فإن أحلفه^(٦٠) ، ثم
 حضرَت بَيِّنَتُهُ ، حكم بها ، ولم تكن اليمين^(٦١) مُزيلةً للحق ؛ لأنَّ اليمين إنما يُصارُ إليها
 عندَ عَدَمِ البينة ، فإذا وُجِدَتِ البينة بطلت اليمين ، وتبين كذبها . وإن قال : لى بينة
 حاضرة ، وأريد يَمِينَهُ ثم أقيم بَيِّنَتِي . لم يملك ذلك . وقال أبو يوسف : يستحلفه ، وإن
 نكَلَ قضى عليه ؛ لأنَّ في الاستحلاف فائدة ، وهو أنه رَمَانَكَل ، فقضى عليه ، فأغنى
 عن البينة . ولنا ، قوله عليه السلام : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » .
 و « أَوْ » للتخيير بين شيئين ، فلا يكون له الجمع بينهما ، ولأنَّه أمكن فصل الخصومة
 بالبينة ، فلم يُشرع غيرها مع إرادة المدعى إقامتها وحضورها ، كما لو^(٦٢) لم يطلب^(٦٢)
 يَمِينَهُ ، ولأنَّ اليمين بدَل ، فلم يجب الجمع بينها وبين مُبدلها ، كسائر الأبدال مع
 مُبدلاتها . وإن قال المدعى : لا أريد إقامتها ، وإنما أريد يَمِينَهُ أكتفى بها . استحلف ؛ لأنَّ
 البينة حقه ، فإذا رضى بإسقاطها ، وترك إقامتها ، فله ذلك ، كنفس الحق . فإن حلف
 المدعى عليه ، ثم أراد المدعى إقامة بَيِّنَتِهِ ، فهل يملك ذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛
 أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ البينة لا تبطل بالاستحلاف ، كما لو كانت غائبة . والثاني ، ليس

(٥٨) انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥٩) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(٦٠) فى ب : « حلفه » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢-٦٢) فى الأصل : « بطلت » .

له ذلك ؛ لأنه قد أسقط حقه من إقامتها ، ولأنَّ تجويز إقامتها يفتح باب الحيلة ، لأنه يقول : لا أريد إقامتها . ليخلف خصمه ، ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد / في الأموال ، عرفه الحاكم أن له أن يخلف مع شاهده ، ويستحق ، فإن قال : لا أخلف أنا ، وأرضى يمينه . استخلف له ^(٦٣) ، فإذا حلف ، سقط الحق عنه ، فإن عاد المدعى بعدها ، وقال : أنا أخلف مع شاهدي . لم يستخلف ، ولم يسمع منه . ذكره القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ اليمين فعله وهو قادر عليها ، فأمكنه أن يسقطها ، بخلاف البينة . وإن عاد قبل أن يخلف المدعى عليه ، فبذل اليمين ، فقال القاضي : ^(٦٤) لم يكن ^(٦٤) له ذلك في هذا المجلس . وكل موضع قلنا : يستخلف المدعى عليه . فإن الحاكم يقول له : إن حلفت ، وإلا جعلتك ناكلاً ، وقضيت عليك . ثلاثاً ، فإن حلف ، وإلا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعى ذلك . فإن سكّ عن جواب الدعوى ، فلم يقر ولم ينكر ، حبسه الحاكم حتى يجيب ، ولا يجعله بذلك ناكلاً . ذكره القاضي ، في « المجرد » . وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت ، وإلا جعلتك ناكلاً ، وحكمت عليك . ويكرر ذلك عليه ثلاثاً ^(٦٥) ، فإن أجاب وإلا جعله ناكلاً ، وحكم عليه ؛ لأنه ناكِلٌ عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه ، كاليمين .

١٨٧٤ - مسألة ، قال : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ، فكتب بإفاد القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق)

الأصل ^(١) في كتاب القاضي إلى القاضي ، والأمير إلى الأمير ، الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنِّي أَنزَلْتُ إِلَيْكَ كِتَابَ كَرِيمٍ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * أَلَّا تَعْلُوا عَلَيَّ وَأُتُونِي مُسْلِمِينَ ﴾ ^(٢) . وأما السنة ، فإن

(٦٣) في الأصل : « لها » .

(٦٤-٦٥) في م : « ليس » .

(٦٥) سقط من : ب ، م .

(١) قبل هذا في م زيادة : « ثم » .

(٢) سورة النمل ٢٩-٣١ .

النَّبِيِّ ﷺ كَتَبَ إِلَى كِسْرَى ، وَقِصْرَ ، وَالنَّجَاشِيِّ ، وَمُلُوكِ الْأَطْرَافِ ، وَكَانَ يَكْتُبُ إِلَى
 ٣٤/١١ وُلَاتِهِ ، وَيَكْتُبُ لِعُمَالِهِ وَسُعَاتِهِ ، وَكَانَ فِي كِتَابِهِ / إِلَى قِصْرَ : « بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ
 الرَّحِيمِ . مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ، إِلَى قِصْرَ عَظِيمِ الرُّومِ ، أَمَّا بَعْدُ ، فَأَسْلِمَ تَسْلِمًا ، وَأَسْلِمَ
 يُوتِكَ اللَّهُ أَجْرًا عَظِيمًا ، فَإِنْ تَوَلَّيْتَ ، فَإِنَّ عَلَيْكَ إِثْمَ الْأَرِيسِيِّينَ ^(٣) ، وَ ﴿ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ
 تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾ ^(٤) . وَرَوَى الضَّحَّاكُ بْنُ سُفْيَانَ ، قَالَ : كَتَبَ
 إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « أَنْ وَرِثَ امْرَأَةٌ أَشِيمَ الضَّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا » ^(٥) . وَأَجْمَعَتِ
 الْأُمَّةُ عَلَى كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى قَبُولِهِ دَاعِيَةٌ ، فَإِنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَلَدٍ
 غَيْرِ بَلَدِهِ ، لَا ^(٦) يُمَكِّنُهُ إِثْيَانُهُ ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ ، إِلَّا بِكِتَابِ الْقَاضِي ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ . إِذَا ثَبَتَ
 هَذَا ، فَإِنَّ كِتَابَ الْقَاضِي ^(٧) إِلَى الْقَاضِي ^(٨) يَقْبَلُ فِي الْأَمْوَالِ ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، وَلَا يَقْبَلُ فِي
 الْحُدُودِ ، لِحَقِّ ^(٩) اللَّهِ تَعَالَى . وَهَلْ يَقْبَلُ فِيمَا عَدَا هَذَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا قَالُوا أَصْحَابُ
 الرَّأْيِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَقْبَلُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَادِمٍ ، مِنَ الْجِرَاحِ وَغَيْرِهَا ، وَهَلْ
 يَقْبَلُ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذَا الْفَصْلِ يُذَكِّرُ فِي الشَّهَادَةِ
 عَلَى الشَّهَادَةِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالكِتَابُ عَلَى ضَرَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكْتُبَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ،
 وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَحْكُمَ عَلَى رَجُلٍ بِحَقٍّ ، فَيَغِيبَ ^(٩) قَبْلَ إِيْفَائِهِ ، أَوْ يَدَّعِيَ حَقًّا عَلَى غَائِبٍ ،
 وَيُقِيمَ بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَيَسْأَلُ الْحَاكِمَ الْحَكَمَ عَلَيْهِ ، فَيَحْكُمَ عَلَيْهِ ، وَيَسْأَلُهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا

(٣) أَى : إِثْمُ الْفَلَاحِينَ وَالزَّارِعِينَ ، أَى : إِثْمُ رَعِيَّتِهِ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٦٤ .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ دَعَاءِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسَّيْرِ ، وَفِي : بَابِ :
 ﴿ إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمُنُهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ... ﴾ ، فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ
 الْبُخَارِيِّ ٤/٥٣ - ٥٧ ، ٦/٤٢ - ٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى هِرْقَلٍ يَدْعُوهُ إِلَى الْإِسْلَامِ ، وَبَابِ
 كِتَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى مُلُوكِ الْكُفَّارِ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٣٩٣ ، ١٣٩٤ ،
 ١٣٩٧ .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ١٨٥/٩ .

(٦) فِي م : « وَلَا » .

(٧-٧) مَقْطَعٌ مِنْ : م .

(٨) فِي م : « كَحَقٍّ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فَيَبْعَثُ » .

يَحْمِلُهُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْغَائِبُ ، فَيَكْتُبُ لَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ تَقُومُ الْبَيِّنَةُ عَلَى حَاضِرٍ ،
فِيهِ رَبُّ قَبْلِ الْحُكْمِ عَلَيْهِ ، فَيَسْأَلُ صَاحِبَ الْحَقِّ الْحَاكِمَ الْحُكْمَ عَلَيْهِ ، وَأَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا
بِحُكْمِهِ . فَفِي هَذِهِ الصُّورِ الثَّلَاثِ ، يَلْزَمُ الْحَاكِمَ إِجَابَتُهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، وَيَلْزَمُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ
قَبُولُهُ ، سَوَاءٌ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ بَعِيدَةً أَوْ قَرِيبَةً ، حَتَّى لَوْ كَانَا فِي جَانِبَيْ بَلَدٍ أَوْ مَجْلِسٍ ، لَزِمَهُ
قَبُولُهُ وَإِمضَاؤُهُ ، سَوَاءٌ كَانَ حُكْمًا عَلَى حَاضِرٍ أَوْ غَائِبٍ . / لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ
الْحَاكِمِ يَجِبُ إِمضَاؤُهُ عَلَى كُلِّ حَاكِمٍ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَ يُعْلِمُهُ ^(١٠) بِشَهَادَةِ
شَاهِدَيْنِ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِفْلَانٍ ، مِثْلَ أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عِنْدَهُ بِحَقِّ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ ، وَلَمْ يَحْكَمْ بِهِ ،
فَيَسْأَلُهُ ^(١١) صَاحِبُ الْحَقِّ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِمَا حَصَلَ عِنْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَكْتُبُ لَهُ أَيْضًا . قَالَ
الْقَاضِي : وَيَكُونُ فِي كِتَابِهِ : شَهِدَ عِنْدِي فُلَانٌ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا . لِيَكُونَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ هُوَ
الَّذِي يَقْضِي بِهِ ، وَلَا يَكْتُبُ : ثَبَّتَ عِنْدِي ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : ثَبَّتَ عِنْدِي . حُكْمٌ بِشَهَادَتِهِمَا ،
فَهَذَا لَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، إِلَّا فِي الْمَسَافَةِ الْبَعِيدَةِ ، الَّتِي هِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ ، وَلَا يَقْبَلُهُ ^(١٢)
فِيمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلُ شَهَادَةٍ ^(١٣) ، فَاعْتَبِرْ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَنَحْوُ هَذَا
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ فِي بَلَدِهِ . وَحُكْمِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
مِثْلُ هَذَا . وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَصْحَابِهِ : الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، ^(١٤) سِوَا
يَجُوزُ ^(١٥) ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ . وَاحْتِجَّ مَنْ أَجَازَهُ بِأَنَّهُ كِتَابُ الْحَاكِمِ بِمَا ثَبَّتَ عِنْدَهُ ،
فَجَازَ قَبُولُهُ مَعَ الْقُرْبِ ، كَكِتَابِهِ بِحُكْمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ إِلَى الْمَكْتُوبِ
إِلَيْهِ ^(١٥) ، فَلَمْ يَجْزَ مَعَ الْقُرْبِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ كِتَابَهُ بِالْحُكْمِ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ
لَيْسَ بِنَقْلِ ، وَإِنَّمَا هُوَ خَبَرٌ ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَلْزَمُهُ قَبُولُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ
بِالْحَقِّ الَّذِي حَكَمَ عَلَيْهِ بِهِ ، فَيَبْعَثُ إِلَيْهِ ، فَيَسْتَدْعِيهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ ، أَمَرَهُ

(١٠) فِي ب ، م : « يَعْلَمُهُ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « فَسْأَلُهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَقْبَلُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « شَهَادَتُهُ » .

(١٤-١٥) سَقَطَ مِنْ : م . نَقْلُ نَظَرٍ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بأدائه ، والزَّمة إِيَّاه . وإن قال : لستُ المُسمَّى في هذا الكتاب . فالقولُ قوله مع يَمِينِهِ ،
إِلَّا أَنْ يُقِيمَ المُدَّعَى بَيِّنَةً أَنَّهُ المُسمَّى في الكتاب . وإن اعترفَ أَنَّ هذا الاسمَ اسْمُهُ ،
والتَّسْبِيبُ نَسْبُهُ ، والصفَةُ صِفَتُهُ ، / إِلَّا أَنَّ الحَقَّ ليس هو عليه ، إِنَّمَا هو على آخِرِ يَشَارِكُهُ في ٣٥/١١
الاسمِ والتَّسْبِيبِ والصفَةِ ، فالقولُ قولُ المُدَّعَى في نَفْيِ ذلك ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ المُشَارَكَةِ في
هذا كَلِّهِ ، فَإِنْ أَقَامَ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ مِنْ وُجُودِ مُشَارِكٍ لَهُ في هذا كَلِّهِ ، أَخْضَرَهُ
الحَاكِمُ ، وسأله عن الحَقِّ ، فَإِنْ اعترفَ بِهِ ، الزَّمة بِهِ ، وتَخَلَّصَ الأوَّلُ ، وَإِنْ أَنْكَرَهُ ، وَقَفَ
الحُكْمُ ، وَيَكْتَبُ^(١٦) إِلَى الحَاكِمِ الكَاتِبِ يُعْلِمُهُ الحَالُ ، وما وَقَعَ مِنَ الإِشْكَالِ ، حَتَّى
يُخْضِرَ الشَّاهِدَيْنِ ، فَيَشْهَدَا عِنْدَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ بِهِ المَشْهُودُ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . وَإِنْ ادَّعَى المُسمَّى
أَنَّهُ كَانَ فِي البَلَدِ مَنْ يُشَارِكُهُ^(١٧) فِي الاسْمِ والصفَةِ ، وَقَدْ مَاتَ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ قَبْلَ
وُقُوعِ المُعَامَلَةِ الَّتِي وَقَعَ الحُكْمُ بِهَا ، أَوْ كَانَ مِمَّنْ لَمْ يُعَاصِرْهُ المَحْكُومُ عَلَيْهِ ، أَوْ المَحْكُومُ
لَهُ ، لَمْ يَقَعْ إِشْكَالٌ ، وَكَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ . وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ الحُكْمِ ، أَوْ بَعْدَ المُعَامَلَةِ ،
وَكَانَ مِمَّنْ أَمَكْنَ أَنْ تَجْرِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَحْكُومِ لَهُ مُعَامَلَةٌ ، فَقَدْ وَقَعَ الإِشْكَالُ ، كَمَا لَوْ كَانَ
حَيًّا ؛ لَجَوَّازِ أَنْ يَكُونَ الحَقُّ عَلَى الذِّي مَاتَ .

فصل : وَإِذَا كَتَبَ الحَاكِمُ بَثْبُوتَ بَيِّنَةٍ ، أَوْ إِقْرَارَ بَدِينٍ ، جَازَ ، وَحَكَمَ بِهِ المَكْتُوبُ
إِلَيْهِ ، فَأَخَذَ^(١٨) المَحْكُومَ عَلَيْهِ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَيْنًا ؛ كَعَقَارٍ مَخْدُودٍ ، أَوْ عَيْنٍ مَشْهُودَةٍ ،
لَا تَشْتَبِهُ بغيرِهَا ، كَعَبِيدٍ مَعْرُوفٍ مَشْهُورٍ ، أَوْ دَابَّةٍ كَذَلِكَ ، حَكَمَ بِهِ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ أَيْضًا ،
وَالزَّمِ تَسْلِيمُهُ إِلَى المَحْكُومِ لَهُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا لَا تَتَمَيَّزُ إِلَّا بِالصفَةِ ، كَعَبِيدٍ غَيْرِ مَشْهُورٍ^(١٩) ،
أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْيَانِ الَّتِي لَا تَتَمَيَّزُ إِلَّا بِالوصْفِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقْبَلُ كِتَابَهُ .
وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الوَصْفَ لَا يَكْفِي ،
بَدَلِيلُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْهَدَ لِرَجُلٍ بِالوصْفِ والتَّحْلِيلِ ، كَذَلِكَ المَشْهُودُ بِهِ . وَالثَّانِي ،

(١٦) فِي ب ، م : « وَكُتِبَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « شَارَكَهُ » .

(١٨) سَقَطَتِ الْفَاءُ مِنْ : ب ، م .

(١٩) فِي ب ، م : « مَشْهُودٌ » .

يجوز ؛ لأنه ثبت في الذمة بالعقد / على هذه الصفة ، فأشبهه الدين ، ويُخالف المشهود له ، فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية ، فكذلك المشهود به . فعلى هذا الوجه ، يُنفذ العين محتومة ، وإن كان عبداً أو أمة ختم في عنقه ، وبعثه إلى القاضي الكاتب ، ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عليه ، دُفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ، أو قال : المشهود به غير هذا . وجب على آخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المعضوب في ضمانه ، وضمان نقصه ومنفعته ، فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه^(٢٠) ، إلى أن يصل إلى صاحبه ؛ لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

فصل : ومتى^(٢١) استوفى الحق من المحكوم عليه ، فقال^(٢٢) للحاكم عليه : اكتب لي^(٢٣) محضراً بما جرى ؛ لئلا يلقاني خصمي في موضع آخر ، فيطالبني به مرة أخرى . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تلزمه إجابته ؛ ليخلص من المحذور الذي يخافه . والثاني ، لا تلزمه ؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده ، أو حكم به ، فأما استئناف ابتداء ، فيكفيه فيه الإشهاد ، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ؛ لأن الحق ثبت عليه بالشهادة . والأول أصح ؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ، ويخاف الضرر بدون المحضر ، فأشبهه ما حكم به ابتداء . وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق ، لم يلزمه دفعه إليه ؛ لأنه ملكه ، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره . وكذلك كل من له كتاب بدني ، فاستوفاه ، أو عقار فباعه ، لا يلزمه دفع الكتاب ؛ لأنه ملكه ؛ ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقاً ، فيعود إلى ماله .

فصل : ويُقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر ، وإلى قاضي قرية ، ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية ، وقاضي مصر . ومن القاضي إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ؛ لأنه

(٢٠) في ب : « يأخذه » .

(٢١) في الأصل ، م : « ومن » .

(٢٢) أى : المحكوم عليه .

(٢٣) سقط من : الأصل .

٣٦/١١ وكتاب / من قاضي إلى قاضي ، فأشبهه ما لو استويا . ويجوز أن يكتب إلى قاضي معين ، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم ، من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله . وهذا قال أبو ثور . واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب إلى غير معين . ولنا ، أنه كتاب حاكم من ولايته ، وصل إلى حاكم ، فلزمه قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه .

فصل : وصفة الكتاب : بسم الله الرحمن الرحيم . سبب^(٢٤) هذه المكاتبة^(٢٤) ، أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أنه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي ، الذي أتولاه بمكان كذا . وإن كان نائبا ، قال : الذي أنوب فيه عن القاضي فلان ، بمحضر من خصمين ؛ مدع ، ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندي ، عرفتهما ، وقبلت شهادتهما ، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني ، بعينه واسمه ونسبه . فإن كان في إثبات أسر أسير قال : وإن الفرنج ، خذلهم الله ، أسروه^(٢٥) من مكان^(٢٥) كذا ، في وقت كذا ، وأخذوه إلى مكان كذا ، وهو مقيم تحت حوطتهم ، أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ، ليس له شيء من الدنيا ، ولا يقدر على فكاك نفسه ، ولا على شيء منه ، وأنه مستحق للصدقة ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه ، المتصل أوله بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بكذا . وإن كان في إثبات دين كتب : وأنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني - ويرفع في نسبه ، ويصفه بما يتميز به - من الدين كذا وكذا ، دينا عليه حالا ، وحقا واجبا لازما ، وأنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه . وإن كان / في إثبات عيني ، كتب : وأنه مالك لما في يد فلان من الشيء الفلاني - ويصفه صفة يتميز بها - مستحق لأخذه وتسليمه^(٢٦) ، على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا ، المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران :

(٢٤) - (٢٤) في م : « هذا الكتاب » .

(٢٥) - (٢٥) في م : « مكان » .

(٢٦) في الأصل : « وتسلمه » .

إنهما بما شهداه عالمان ، وله مُحَقِّقَان ، وإنهما لا يَعْلَمَانِ خِلَافَ مَا شَهِدَا بِهِ إِلَى حِينَ أَقَامَا الشَّهَادَةَ عِنْدِي ، فَأَمْضَيْتُ مَا ثَبَتَ عِنْدِي مِنْ ذَلِكَ ، وَحَكَمْتُ بِمُوجِبِهِ بِسُؤَالِ مَنْ جَازَتْ مَسْأَلَتُهُ ، وَسَأَلَنِي مَنْ جَازَ سُؤَالَهُ ، وَسَوَّغَتِ الشَّرِيعَةُ الْمُطَهَّرَةُ إِجَابَتَهُ الْمَكَاتِبَةَ بِذَلِكَ إِلَى الْقَضَاةِ وَالْحُكَّامِ ، فَأَجَبْتُهُ ^(٢٧) إِلَى مُلْتَمَسِهِ ؛ لَجَوَازِهِ لَهُ شَرْعًا ، وَتَقَدُّمَتْ بِهِذَا الْكِتَابُ فَكُتِبَ ، وَبِالْصَّاقِ الْمَحْضَرِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ فَالْصِرَقُ ، فَمَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ ^(٢٨) مِنْهُمْ ، وَتَأَمَّلَ مَا ذَكَرْتُهُ ، وَتَصَفَّحَ مَا سَطَّرْتُهُ ، وَاعْتَمَدَ فِي إِنْفَاذِهِ وَالْعَمَلِ بِمُوجِبِ مَا يُوجِبُهُ الشَّرْعُ الْمُطَهَّرُ ، أَحْرَزَ مِنَ الْأَجْرِ أَجْزَلَهُ . وَكُتِبَ مِنْ مَجْلِسِ الْحُكَمِ الْمَخْرُوسِ ، مِنْ مَكَانٍ كَذَا ، فِي وَقْتٍ كَذَا . وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَذْكُرَ الْقَاضِي اسْمَهُ فِي الْعُنْوَانِ ، وَلَا يَذْكُرَ اسْمَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فِي بَاطِنِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَهُ ، فَلَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ لَيْسَ إِلَيْهِ ، وَلَا يَكْفِي ذِكْرُ اسْمِهِ فِي الْعُنْوَانِ دُونَ بَاطِنِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَقَعْ عَلَى وَجْهِ الْمُخَاطَبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُعَوَّلَ فِيهِ عَلَى شَهَادَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْقَاضِي الْكَاتِبِ بِالْحُكْمِ ، وَذَلِكَ لَا يَقْدَحُ فِيهَا ^(٢٩) ، وَلَوْ ضَاعَ الْكِتَابُ أَوْ امْتَحَى ، سُمِعَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَحُكِمَ بِهَا .

١٨٧٥ - مسألة ، قال : (وَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَقُولَانِ : قَرَأَهُ عَلَيْنَا ، أَوْ قَرِئَ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِنَا ، فَقَالَ : اشْهَدَا عَلَيَّ أَنَّهُ كِتَابِي إِلَى فَلَانِ)

وجملته أنه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة ؛ أحدها ، أن يشهد به شاهدان عدلان ، ولا يكفي معرفة المكتوب / إليه خط الكاتب ، وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك ، في قول أئمة الفتوى . وحكى عن الحسن ، وسوار ، والعنبري ، أنهم قالوا : إذا كان يعرف خطه وختمه ، قبله . وهو قول أبي ثور ، والإصطخري . ويتخرج لنا مثله بناءً على قوله في الوصية إذا وجدت بخطه ؛ لأن ذلك تحصل به غلبة الظن ، فأشبهه شهادة

(٢٧) في ب ، م : « فأوجبه » .

(٢٨) في م : « عليهم » .

(٢٩) سقط من : الأصل ، ب .

الشَّاهِدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا أَمَكَّنَ إثباته بالشَّهادة ، لم يَجْزِ الاقتصارُ فيه على الظَّاهر ، كإثبات
العُقُودِ ؛ وَلأنَّ الحَظَّ يُشَبِّهُ الحَظَّ ، والخَتْمُ يُمَكِّنُ التَّزْوِيرَ عليه ، ويُمكنُ الرُّجُوعُ إلى
الشَّهادة ، فلم يُعَوَّلْ على الحَظِّ ، كالشَّاهد لا يُعَوَّلُ في الشَّهادة على الحَظِّ ، وفي هذا
انْفِصالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ القاضِيَ إِذَا كَتَبَ الكِتَابَ ، دَعَا رَجُلَيْنِ يَخْرُجَانِ إِلَى
البَلَدِ الَّذِي فِيهِ القاضِي المَكْتُوبُ إِلَيْهِ ، فَيَقْرَأُ عَلَيْهِمَا ^(١) الكِتَابَ ، أَوْ يَقْرُوهُ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ،
وَالأَحْوَطُ أَنْ يَنْظُرَا مَعَهُ فِيمَا يَقْرُوهُ ، فَإِنْ لَمْ يَنْظُرَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ إِلَّا ثَقَّةً ، فَإِذَا قُرِئَ
عَلَيْهِمَا قَالَا : اشْهَدَا ^(٢) عَلَى أَنْ هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . وَإِنْ قَالَ : اشْهَدَا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ . كَانَ أَوَّلَى ،
وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانٍ . فَظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ
يُحْمَلُهُمَا الشَّهادة ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ أَنْ يَقُولَ : اشْهَدَا عَلَيَّ . كَالشَّهادة على الشَّهادة . وَقَالَ
القاضِي : يُجْزَى . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مَا فِي الكِتَابِ قَلِيلًا ، اعْتَمَدَا ^(٣) عَلَى
حِفْظِهِ ، وَإِنْ كَثُرَ فَلَمْ يَقْدِرَا عَلَى حِفْظِهِ ، كَتَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونَهُ ، وَقَابَلَ بِهَا لَتَكُونَ
مَعَهُ ، يَذْكُرُ بِهَا مَا يَشْهَدُ بِهِ ، وَيَقْبِضَانِ ^(٤) الكِتَابَ قَبْلَ أَنْ يَغِيْبَا ؛ لِئَلَّا يَدْفَعَ إِلَيْهِمَا غَيْرَهُ ، فَإِذَا
وَصَلَ الكِتَابُ مَعَهُمَا إِلَيْهِ ، قَرَأَهُ الْحَاكِمُ أَوْ غَيْرُهُ عَلَيْهِمَا ، فَإِذَا سَمِعَاهُ قَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا
كِتَابُ فُلَانٍ القاضِي إِلَيْكَ ، أَشْهَدْنَا عَلَى نَفْسِهِ بِمَا فِيهِ . لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ / كِتَابُهُ غَيْرَ الَّذِي
أَشْهَدُهُمَا عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو الحَظَّابِ : وَلَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يَقُولَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا كِتَابُ فُلَانٍ . لِأَنَّهَا
أَدَاءُ شَّهادة ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ لَفْظِ الشَّهادة . وَيَجِبُ أَنْ يَقُولَا : مِنْ عَمَلِهِ . لِأَنَّ الكِتَابَ لَا يُقْبَلُ
إِلَّا إِذَا وَصَلَ مِنْ مَجْلِسِ عَمَلِهِ . وَسَوَاءٌ وَصَلَ الكِتَابُ مَخْتُومًا أَوْ غَيْرَ مَخْتُومٍ ، مَقْبُولًا أَوْ غَيْرَ
مَقْبُولٍ ؛ لِأَنَّ الِاعْتِمَادَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا ، لَا عَلَى الخَطِّ والخَتْمِ . فَإِنْ امْتَحَى الكِتَابُ ، وَكَانَا
يَحْفَظَانِ مَا فِيهِ ، جَازَ لهُمَا أَنْ يَشْهَدَا بِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظَا مَا فِيهِ ، لَمْ تُمَكِّنْهُمَا الشَّهادة .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : لَا يُقْبَلُ الكِتَابُ حَتَّى يَشْهَدَا شَاهِدَانِ عَلَى خَتْمِ القاضِي . وَلَنَا ،
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ كِتَابًا إِلَى قَيْصَرَ ، وَلَمْ يَخْتُمْهُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُ لَا يَقْرَأُ كِتَابًا غَيْرَ

ظ ٣٧/١١

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « اشْهَدُوا » .

(٣) فِي ب ، م : « اعتمد » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ١ ، « وَيَقْبِضَانِ » .

مَخْتُومٌ . فَاتَّخَذَ الْخَاتَمَ ^(٥) . وَاقْتَصَارُهُ عَلَى الْكِتَابِ دُونَ الْخَتَمِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْخَتَمَ لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي الْقَبُولِ ، وَإِنَّمَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ لِيَقْرَأُوا كِتَابَهُ ، وَلَا تُنْهَمَا شَهَدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ وَعَرَفَا مَا فِيهِ ، فَوَجَبَ قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ وَصَلَ مَخْتُومًا وَشَهَدَا بِالْخَتَمِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ ضَبْطُهُمَا لِمَعْنَى الْكِتَابِ ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ . قَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَى صَحِيفَةٍ ، وَبَعْضُهُمْ يَنْظُرُ فِيهَا ، وَبَعْضُهُمْ لَا يَنْظُرُ ؟ قَالَ : إِذَا حَفِظَ فَلَيْشَهِدَ . قِيلَ : كَيْفَ يَحْفَظُ ، وَهُوَ كَلَامٌ كَثِيرٌ ! قَالَ : يَحْفَظُ مَا كَانَ عَلَيْهِ الْكَلَامُ وَالْوَضْعُ . قُلْتُ : يَحْفَظُ الْمَعْنَى ؟ قَالَ : نَعَمْ . قِيلَ لَهُ : وَالْحُدُودَ وَالْثَمَنَ وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَلَوْ أَدْرَجَ الْكِتَابَ وَخَتَمَهُ ، وَقَالَ ^(٦) : هَذَا كِتَابِي ، أَشْهَدُ ^(٧) عَلَى بِمَا فِيهِ . أَوْ قَالَ ^(٨) : أَشْهَدُ تَكْمًا عَلَى نَفْسِي بِمَا فِيهِ . لَمْ يَصِحَّ هَذَا التَّحْمُلُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : إِذَا خَتَمَهُ بِخَتَمِهِ وَعُتْوَانِهِ ، جَازَ أَنْ يَتَحَمَّلَ ^(٩) الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ مُدْرَجًا ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ شَهِدَا عِنْدَهُ أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ هَذَا ؛ / لِأَنَّهُمَا شَهِدَا بِمَا فِي الْكِتَابِ ، فَجَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا ^(١٠) تَفْصِيلَهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا ^(١١) بِمَا فِي هَذَا الْكِيسِ مِنَ الدَّرَاهِمِ ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا ^(١٢) ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَا قَدْرَهَا . وَلَنَا ، أَنََّّهُمَا شَهِدَا بِمَجْهُولٍ لَا يَعْلَمَانِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ شَهَادَتُهُمَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ مَالًا . وَفَارَقَ مَا ذَكَرَهُ ، فَإِنَّ تَعْيِينَهُ الدَّرَاهِمَ الَّتِي فِي الْكِيسِ أَغْنَى عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا ، وَهَهُنَا الشَّهَادَةُ عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ دُونَ الْكِتَابِ ، وَهَذَا لَا يَعْرِفَانِهِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ يَكْتُبَهُ الْقَاضِي مِنْ مَوْضِعِ وَلَايَتِهِ وَعَمَلِهِ ^(١٣) ، فَإِنْ كَتَبَهُ مِنْ غَيْرِ وَلَايَتِهِ ، لَمْ يَسُغْ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسُوغُ لَهُ فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ حُكْمٌ ، فَهُوَ فِيهِ

٣٨/١١ و

(٥) انظر : ما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في اتخاذ الخاتم ، من كتاب الخاتم . سنن أبي داود ٤٠٥/٢ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) في الأصل : « اشهدوا » .

(٨) في ب ، م : « قد » .

(٩) في الأصل : « يتحمل » .

(١٠) في ب ، م : « يعلما » .

(١١) في م زيادة : « لرجل » .

(١٢) في م : « الشهادة » .

(١٣) في م : « وحكمه » .

كالعائى . الشرط الثالث ، أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره ، لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترفع إليه خصمان في غير موضع ولايته ، لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته ، إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا . ولو ترفع إليه خصمان ، وهو في موضع ولايته ، من غير أهل ولايته ، كان له الحكم بينهما ؛ لأن الاعتبار بموضعهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمتنع من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ؛ لأن الولاية بتوليته ، فيكون الحكم على وفقها .

فصل : في تغيير حال القاضى : ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه ، أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب ، بموت أو عزل ، بعد أن كتب الكتاب ، وأشهد على نفسه ، لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله ، والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده ، أو بعده . وهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به في الحالتين . وقال / أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده ، لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده ، عمل به ؛ لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة ^(١٤) على الشهادة ^(١٥) ، لأنه ينقل شهادة شاهدي الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب ، صار بمنزلة موت شاهدي الفرع قبل أداء شهادتهما . ولنا ، أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه ، كما لو لم يموت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به ، فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت ^(١٥) عنده بشهادة ، فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا يبطل شهادة الفرع بموت شاهدي الأصل ، وما ذكروه حجة عليهم ؛ لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه ، وهما حيان ، وهما شاهد الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها ، كموت شاهدي الأصل . وإن تغيرت حاله

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) في الأصل : « ثبت » .

بفسق قبل الحكم بكتابه ، لم يَجْزِ الحُكْمُ به ؛ لأنَّ حُكْمَهُ بعد فسقه لا يصحُّ ، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولأنَّ بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم ؛ لأنه بمنزلة شاهدي الأصل . وإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغيَّر ، كالمحكم بشيء ثم بان فسقه ، فإنه لا ينقض ماضى من أحكامه ، كهذا ههنا . وأما إن تغيَّرت حال المكتوب إليه بأيِّ حال كان ؛ من موت ، أو عزل ، أو فسق ، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه ، قبول الكتاب ، والعمل به . وبه قال الحسن . حكى عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضي البصرة^(١٦) كتاباً ، فوصل وقد عزل ، وولى الحسن ، فعمل به^(١٧) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به ؛ لأنَّ كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه ، / وإذا شهد شاهدان عند قاضي ، لم يحكم بشهادتهما غيره . ولنا ، أنَّ المَعُولَ على شهادة الشاهدين ، بحكم الأول ، أو ثبوت الشهادة عنده ، وقد شهدا عند الثاني ، فوجب أن يقبل كالأول . وقولهم : إنَّه شهادة عند الذي مات . ليس بصحيح ؛ فإنَّ الحاكم الكاتب ليس بفرع ، ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه ، وقد أديا الشهادة عند المتجدد^(١٨) ، ولو ضاع الكتاب ، فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه ، قبل ، فدل ذلك على أنَّ الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب ، وقياس ما ذكرناه ، أنَّ الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه في حال حياته ، وشهدا عنده ، عمل به ؛ لما بيناه . وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب ، أو عزل ، أو عُزل المكتوب إليه ؛ لأنه نائب عنه ، فينزل^(١٩) بعزله وموته ، كوكلائه^(٢٠) . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا ينزل خليفته ، كما لا ينزل القاضي الأصلي بموت الإمام ، ولا عزله . ولنا ، ما ذكرناه ، ويفارق الإمام ؛ لأنَّ الإمام يعقد القضاء والإمرة للمسلمين ،

(١٦) في م زيادة : « كتب » .

(١٧) الخير في : أخبار القضاة ، لوكيع ٨/٢ .

(١٨) في الأصل : « المجدد » .

(١٩) في الأصل : « فيعزل » .

(٢٠) في ب ، م : « كولاته » .

فلا^(٢١) يَظُلُّ ما عَقَدَهُ لغيرِهِ ، كما لو ماتَ الوَلِيُّ في النِّكاحِ ، لم يَظُلِّ النِّكاحُ ، ولهذا ليسَ للإمامِ أَنْ يَعرِزَ القاضِيَ مِنْ غيرِ تَغْيِيرِ حالِهِ ، ولا يَنعَزِلُ إذا عَزَلَهُ ، بخلافِ نائبِ الحاكمِ ، فَإِنَّهُ تَنعَقِدُ ولايَتُهُ لِنَفْسِهِ نائِبًا عَنْهُ ، فَمَلَكَ عَزْلَهُ ، ولأنَّ القاضِيَ لو انعَزَلَ بِمَوْتِ الإمامِ ، لَدَخَلَ الضَّرَرُ على المسلمين ؛ لَأَنَّهُ يُفَضَّى إلى عَزْلِ القُضاةِ في جميعِ بلادِ المسلمين ، وتَتَعَطَّلُ الأحكامُ ، وإذا ثَبَتَ أَنَّهُ^(٢٢) يَنعَزِلُ ، فليسَ لَهُ قَبُولُ الكتابِ ؛ لَأَنَّهُ حينئِذٍ ليسَ بقاضٍ .

١٨٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ عَنْ أُعْجَمِيٍّ حَاكِمٍ^(١) إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعْرِفْ لِسَانَهُ ، إِلَّا مِنْ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ)

وجملته / أَنَّهُ إِذَا تَحَاكَمَ إلى القاضِي العَرَبِيُّ أُعْجَمِيَّانِ ، لَا يَعْرِفُ لِسَانَهُمَا ، أَوْ أُعْجَمِيٌّ وَعَرَبِيٌّ ، فَلابُدَّ مِنْ مُتَرَجِّمٍ عَنْهُمَا . وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهذا قال الشافعيُّ . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى ، أَنَّهَا تُقْبَلُ مِنْ وَاحِدٍ . وهو اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ العَزِيزِ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وقولُ أَبِي حَنِيفَةَ . وقال ابنُ المُنْذِرِ ، في حديثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَ كِتَابَ يَهُودَ . قال : فَكُنْتُ أَكْتُبُ لَهُ إِذَا كُتِبَ إِلَيْهِمْ ، وَأَقْرَأُ لَهُ إِذَا كُتِبُوا^(٢) . ولأنَّهُ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ إلى لَفْظِ الشَّهَادَةِ ، فَأَجْزَأُ فِيهِ الْوَاحِدُ ، كَأَخْبَارِ الدِّياناتِ . ولنا ، أَنَّهُ نَقُلُ ما خَفِيَ على الحاكمِ إِلَيْهِ ، فيما يَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَصِّصِينَ ، فَوَجَبَ فِيهِ الْعَدَدُ ، كالشَّهَادَةِ ، وَيُفَارِقُ أَخْبَارَ الدِّياناتِ ؛ فَإِنَّهَا^(٣) لَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُتَخَصِّصِينَ ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، ولأنَّ ما لَا يَفْهَمُهُ الحاكمُ وَجُودُهُ عِنْدَهُ كَغَيْبَتِهِ^(٤) ، فَإِذَا تُرْجِمَ لَهُ ، كَانَ كَنَقْلِ الإِقْرَارِ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَجْلِسِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ شَاهِدَيْنِ ، كَذَا هُنَا . فعلى

(٢١) في ب ، م : « فلم » .

(٢٢) في م زيادة : « لا » .

(١) في م : « تحاكم » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ترجمة الحكام ، لمن كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٩٤/٩ .

(٣) في الأصل ، أ : « لأنها » .

(٤) في م : « كعدمه » .

هذه الرواية ، تكون الترجمة شهادة فتفتقر^(٥) إلى العدد والعدالة ، ويُعتبر فيها من^(٦) الشروط ما يُعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص ، اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مالا^(٧) كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تُعتبر الحرية فيه . وإن كان في حد زنى ، خُرج في الترجمة فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عُدول . والثاني ، يكفى فيه اثنان ؛ بناءً على الروايتين في الشهادة على الإقرار به^(٨) ، ويُعتبر فيه لفظ الشهادة ؛ لأنه شهادة . وإن قلنا : يكفى فيه واحد . فلا بُد من عدالته ، ولا تُقبل من كافر ولا فاسق . وتُقبل من العبد ؛ لأنه / من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تُقبل من العبد ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة . ولنا ، أنه خبر يكفى فيه قول الواحد ، فيُقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولأنهم أن هذه شهادة ، ولأن العبد ليس من أهل الشهادة ، ولا يُعتبر فيه لفظ الشهادة ، كالرواية . وعلى هذا الأصل ينبغي أن تُقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة ؛ لأن روايتها مقبولة .

٤٠/١١ و

فصل : والحكم في التعريف ، والرسالة ، والجرح والتعديل ، كالحكم في الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى^(٨) .

١٨٧٧ - مسألة ، قال : (وَإِذَا غُزِلَ ، فَقَالَ : كُنْتُ حَكَمْتُ فِي وَلَا تَبِي لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بِحَقِّ . قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَأَمْضَى ذَلِكَ الْحَقُّ)

وبهذا قال إسحاق . قال أبو الخطاب : ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ . وقول القاضي في فروع هذه المسألة يقتضي أن لا يُقبل قوله ههنا ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأن من لا يملك

(٥) في ا ، ب ، م : « تفتقر » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) في م : « مما لا يتعلق بها » .

(٨) انظر : المسألة ١٨٦٨ ، صفحة ٤٣ ، والمسألة ١٨٦٩ صفحة ٤٧ .

الحُكْمَ ، لا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ به ، كَمَنْ أَقْرَبَ بَعْتَقَ عَبْدٍ بَعْدَ بَيْعِهِ . ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ
الْأَوْزَاعِيُّ ، ^(٩) «وَابْنُ الْمُنْذِرِ» ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : هُوَ بِمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، إِذَا كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ
آخَرُ ، قَبْلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُقْبَلُ إِلَّا شَاهِدَانِ سِوَاهُ ، يَشْهَدَانِ بِذَلِكَ . وَهُوَ
ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ لَا تُقْبَلُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ كَتَبَ إِلَى غَيْرِهِ ،
ثُمَّ عَزَلَ ، وَوَصَلَ الْكِتَابَ بَعْدَ عَزْلِهِ ، لَزِمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ قَبُولُ كِتَابِهِ بَعْدَ عَزْلِ كَاتِبِهِ ، فَكَذَلِكَ
هَهُنَا . وَلِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِمَا حَكَمَ بِهِ ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَّهِمٍ ، فَيَجِبُ قَبُولُهُ ، كَحَالِ وَلَايَتِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَالَ فِي وَلَايَتِهِ : كُنْتُ حَكَمْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا . قَبْلَ قَوْلِهِ ، سَوَاءٌ قَالَ :
قَضَيْتُ عَلَيْهِ بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . أَوْ قَالَ : سَمِعْتُ بَيِّنَتَهُ وَعَرَفْتُ عَدَالَتَهُمْ . أَوْ قَالَ : قَضَيْتُ
عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ . أَوْ قَالَ : أَقْرَأْتُ عِنْدِي فُلَانٌ لِفُلَانٍ بِحَقٍّ ، فَحَكَمْتُ بِهِ . وَهَذَا قَالَ / أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ . وَحُكِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ : أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حَتَّى يَشْهَدَ
مَعَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ ^(١١) «إِخْبَارٌ» ^(١٢) بِحَقٍّ عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، لِأَنَّهُ ^(١٣) «قَوْلٌ وَاحِدٌ» ،
كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ ^(١٤) الْحُكْمَ ، فَمَلِكُ الإِقْرَارِ بِهِ ، كَالزَّوْجِ إِذَا أَخْبَرَ
بِالطَّلَاقِ ، وَالسَّيِّدُ إِذَا أَخْبَرَ بِالْعِتْقِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَخْبَرَ أَنَّهُ رَأَى كَذَا وَكَذَا ، فَحَكَمَ بِهِ ، قَبْلَ ،
كَذَا هَهُنَا ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ لَا يَمْلِكُ إِثْبَاتَ مَا أَخْبَرَ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ :
حَكَمْتُ بِعِلْمِي ، أَوْ بِالنُّكُولِ ، أَوْ بِشَاهِدٍ وَبَيِّنٍ ^(١٥) فِي الْأُمُورِ . فَإِنَّهُ يُقْبَلُ أَيْضًا . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ . وَيَنْبَغِي قَوْلُهُ : حَكَمْتُ عَلَيْهِ ^(١٦) بِعِلْمِي .
عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ ، فَلَا يَمْلِكُ الإِقْرَارَ بِهِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِيمَا لَوْ حَكَمَ بِهِ لَنَفَذَ حُكْمَهُ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالصُّورِ الَّتِي
تَقْدُمُ ، وَلِأَنَّهُ ^(١٧) «حَاكِمٌ» ، أَخْبَرَ بِحُكْمِهِ فِي وَلَايَتِهِ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالَّذِي سَلَّمَهُ ، وَلِأَنَّ

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) في م : « عادل » .

(١١-١١) في م : « فيه إخبارا » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : « يحكم » .

(١٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٥) في ب : « ولا » . وفي م : « ولأن » .

الحاكم إذا حكم في مسألة ، يسوغ فيها الاجتهاد ، لم يسوغ نقض حكمه ، ولزم غيره إمضاؤه ، والعمل به ، فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولائس لم يذكره . وإن قال : حكمت لفلان على فلان بكذا . ولم يضيف حكمه إلى بينة ولا غيرها ، وجب قبوله . وهو ظاهر مسألة الخرقى ؛ فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد ، وجب قبوله ، وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

فصل : وإذا أخبر القاضي بحكمه في غير موضع ولايته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول ، وخبره نافذ ؛ لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها في غير موضع ولايته أولى . وقال القاضي : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع / ٤١/١١ قاضيان في غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر ، اجتمعا في بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده ، لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر^(١٦) بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله ؛ لأنه خبر من ليس بقاض في موضعه . وإن كانا جميعا في عمل أحدهما ، كأنهما اجتمعا جميعا في دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبر به قاضى مصر ؛ لأنه يخبر به^(١٧) في غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر^(١٨) بما أخبر به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان ؛ بناء على القاضى ، هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ؛ لأن قاضى دمشق أخبر به في عمله . ومذهب الشافعى في هذا كقول القاضى ههنا .

فصل : إذا ولى الإمام قاضيا ، ثم مات ، لم ينزل ؛ لأن الخلفاء ، رضى الله عنهم ، وُلوا حكاما في زمنهم ، فلم ينزلوا بموتهم ، ولأن في عزله بموت الإمام ضررا على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام ، وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكما ، وفيه ضرر عظيم . وكذلك لا ينزل القاضى إذا عزل الإمام ؛ لما ذكرنا .

(١٦) في ب : « صاحبه » .

(١٧) لم يرد في : الأصل .

(١٨) سقط من : م .

فَأَمَّا إِنْ عَزَلَهُ الْإِمَامُ الَّذِي وَلَّاهُ أَوْ غَيْرُهُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا : لَا يَنْعَزِلُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلَهُ مَعَ سِدَادِ حَالِهِ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ النِّكَاحَ عَلَى مُوَلِّيَّتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ فُسْخُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُ عَزْلُهُ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا عَزْلَ لِأَبَا مَرْيَمَ^(١٩) ، وَأَوَّلَيْنِ رَجُلًا إِذَا رَأَاهُ الْفَاجِرُ فَرَّقَهُ^(٢٠) . فَعَزْلُهُ عَنْ قَضَاءِ الْبَصْرَةِ ، وَوَلَّى كَعْبَ بْنَ سُوْرٍ مَكَانَهُ^(٢١) . وَوَلَّى عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَبَا الْأَسْوَدِ ، ثُمَّ عَزَلَهُ ، فَقَالَ : لَمْ عَزَلْتَنِي ، وَمَا خُنْتُ ، وَلَا جَنَيْتُ ؟ فَقَالَ : إِنِّي رَأَيْتُكَ يَغْلُو كَلَامُكَ عَلَى الْحَصَمَيْنِ^(٢٢) . وَلَأَنَّهُ يَمْلِكُ عَزْلَ / أَمْرَائِهِ وَوُلايَتِهِ عَلَى الْبُلْدَانِ ، فَكَذَلِكَ قَضَايَتِهِ . وَقَدْ كَانَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يُوَلِّي وَيُعْزِلُ ، فَعَزَلَ شُرْحَبِيلَ بْنَ حَسَنَةَ عَنْ وِلايَتِهِ فِي الشَّامِ ، وَوَلَّى مُعَاوِيَةَ ، فَقَالَ لَهُ شُرْحَبِيلُ : أَمِنْ جُبْنٍ عَزَلْتَنِي ، أَوْ خِيَانَةٍ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ لَا ، وَلَكِنْ أَرَدْتُ رَجُلًا أَقْوَى مِنْ رَجُلٍ . وَعَزَلَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ ، وَوَلَّى أَبَا عُبَيْدَةَ . وَقَدْ كَانَ يُوَلِّي بَعْضَ الْوَلَاةِ الْجُحُومَ مَعَ الْإِمَارَةِ ، فَوَلَّى أَبَا مُوسَى الْبَصْرَةَ قَضَاءَهَا وَإِمَارَتَهَا . ثُمَّ كَانَ يَعْزِلُهُمْ هُوَ^(٢٣) ، وَمَنْ لَمْ يَعْزِلْهُ ، عَزَلَهُ عُثْمَانُ بَعْدَهُ إِلَّا الْقَلِيلَ مِنْهُمْ . فَعَزَلَ الْقَاضِي أَوَّلِي ، وَيُفَارِقُ عَزْلَهُ بِمَوْتِ مَنْ وَلَّاهُ أَوْ عَزَلَهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَهَهُنَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْزِلُ قَاضِيًا حَتَّى يُوَلِّي آخَرَ مَكَانَهُ ، وَلِهَذَا لَا يَنْعَزِلُ الْوَالِي بِمَوْتِ الْإِمَامِ ، وَيَنْعَزِلُ بَعْزُهُ . وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي عَزْلِهِ بِالْمَوْتِ أَيْضًا وَجْهَيْنِ ، وَالْأَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، مَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْقَاضِي ؛ يَفْسُقُ ، أَوْ زَوَالَ عَقْلٍ ، أَوْ مَرَضٍ يَمْنَعُهُ مِنَ الْقَضَاءِ ، أَوْ اخْتَلَّ فِيهِ بَعْضُ شُرُوطِهِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِذَلِكَ ، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى الْإِمَامِ عَزْلُهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ تَوَلِّيَةُ الْقَضَاءِ فِي بَلَدِهِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَوَلَّى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ الْقَضَاءَ^(٢٤) ، وَوَلَّى عَلِيًّا^(٢٥) وَمُعَاذًا^(٢٦) . وَقَالَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ لِابْنِ عُمَرَ : إِنَّ أَبَاكَ قَدْ كَانَ

(١٩) هُوَ إِيَّاسُ بْنُ صَبِيحٍ بْنِ مَحْرُشٍ الْحَنْفِيُّ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ، لَوْكِيْعٍ ٢٦٩/١ .

(٢٠) فَرَّقَهُ : خَافَهُ .

(٢١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ١٨ .

(٢٢) انْظُرْ : إِرْوَاءَ الْغَلِيلِ ٢٣٤/٨ .

(٢٣) انْظُرْ لِدَلَالَةِ كُلِّهِ : تَارِيخُ الطَّبَرِيِّ ٦٤/٤ - ٦٩ .

(٢٤) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ وَكِيْعٌ ، فِي : أَخْبَارِ الْقَضَاءِ ١٠٥/١ .

(٢٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : صَفْحَةِ ٦ .

(٢٦) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٥/٤ ، ٢٧٥/١ .

يَقْضِي وَهُوَ خَيْرٌ مِنْكَ . قَالَ : إِنَّ أَيْ قَدْ كَانَ يَقْضِي ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، سَأَلَ عَنْهُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ ^(٢٧) . رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ شُبَّةَ ، فِي كِتَابِ « قُضَاةِ الْبَصْرَةِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ . قَالَ : جَاءَ خُصْمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : « يَا عَمْرُو ، اقْضِ بَيْنَهُمَا » . قُلْتُ : أَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنِّي يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « إِنْ أَصَبْتَ الْقَضَاءَ بَيْنَهُمَا ، فَلَكَ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، / وَإِنْ أَخْطَأْتَ ، فَلَكَ حَسَنَةٌ » ^(٢٨) . وَعَنْ عَقِبَةَ بْنِ عَامِرٍ مِثْلَهُ ^(٢٩) . وَلَئِنْ الْإِمَامَ يَشْتَغِلُ بِأَشْيَاءَ كَثِيرَةٍ مِنْ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَا يَتَفَرَّغُ لِلْقَضَاءِ بَيْنَهُمْ . فَإِذَا وَلَّى قَاضِيًا ، اسْتَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ ، جَازَ لَهُ بِإِخْلَافٍ نَعْلَمُهُ ، وَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ بِإِذْنِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا نَهَاهُ عَنْهُ ، كَالْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَهُ الِاسْتِخْلَافُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ^(٣٠) ، كَالْوَكِيلِ . وَلَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا وَجْهَانِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْغَرَضَ مِنَ الْقَضَاءِ الْفَصْلُ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ ، فَإِذَا فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بغيرِهِ ، جَازَ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ ، وَيُفَارِقُ التَّوَكِيلَ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يُؤَلَّى الْقَضَاءَ لِلْمُسْلِمِينَ ، لَا لِنَفْسِهِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ^(٣١) ، فَإِنْ اسْتَخْلَفَ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ لَهُ الِاسْتِخْلَافُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَمْ يُؤَلَّ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُؤَلَّى قَاضِيًا عُمُومَ النَّظَرِ فِي خُصُوصِ الْعَمَلِ ، فَيُقْلَدُهُ النَّظَرُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ فِي بَلَدِ بَعِيْنِهِ ، فَيَنْفُذُ حُكْمَهُ فِي مَنْ سَكَنَهُ ، وَمَنْ أَتَى إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سُكَّانِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقْلَدَهُ خُصُوصَ النَّظَرِ فِي عُمُومِ الْعَمَلِ ، فَيَقُولُ : قَدْ ^(٣٢) جَعَلْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ فِي الْمُدَايِنَاتِ خَاصَّةً ، فِي جَمِيعِ وِلَايَتِي . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ حُكْمَهُ فِي قَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ :

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٨ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ، والحاكم ، في : كتاب الأحكام . المستدرک ٨٨/٤ . والدارقطني ، في : كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٠٣/٤ .

(٢٩) تقدم تخريجه ، في : صفحة ٦ .

(٣٠) أى : الإمام .

(٣١) في ب ، م : « التوكيل » .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

٤٢/١١ ظ المداينات ، وآخر النظر في العقارات (٣٣) . ويجوز أن يوكل عموم النظر في
 عموم العمل ، وخصوص النظر في خصوص العمل . ويجوز أن يوكل قاضيين وثلاثة في بلد
 واحد ، يجعل لكل واحد عملاً ، فيوكل أحدهم عقود الأئحية ، والآخر الحكم في
 في ناحية من نواحي البلد ، فإن قلّد قاضيين أو أكثر عملاً واحداً ، في مكان واحد ، ففيه
 وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز . اختاره أبو الخطاب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب
 الشافعي ؛ لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات ، لأنهما يختلفان في الاجتهاد ،
 ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر . والآخر ، يجوز ذلك . وهو قول أصحاب أبي حنيفة . وهو
 أصح ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها ، فيكون فيها
 قاضيان ، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل الخصومات ،
 وإيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا يحصل ، فأشبه القاضي وخلفاءه (٣٤) . ولأنه يجوز
 للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد ، فالإمام أولى ، لأن توليته أقوى .
 وقولهم : يفضى إلى إيقاف الأحكام (٣٥) . غير صحيح ؛ فإن كل حاكم يحكم باجتهاده
 بين المتخاصمين إليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ، ولا نقض حكمه فيما خالف
 اجتهاده .

فصل : وإذا قال الإمام : من نظر في الحكم من فلان وفلان ، فقد وليته . لم تنعقد
 الولاية لمن نظر ؛ لأنه علقها على شرط ، ولم يعين بالولاية أحداً منهم . ويحتمل أن تنعقد
 الولاية لمن نظر ؛ لأن النبي ﷺ قال : « أميركم زيد ، فإن قتل فأميركم جعفر ، فإن قتل
 فأميركم عبد الله بن رواحة » (٣٦) . فعلق ولاية الإمارة على شرط ، فكذلك ولاية
 الحكم . وإن قال : وليت فلاناً وفلاناً ، فأيهما نظر فهو خليفتي . انعقدت الولاية لمن
 نظر منهم ؛ لأنه عقد الولاية لهما جميعاً .

(٣٣) في ب ، م : « العقار » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥) في ب ، م : « الحكومات » .

(٣٦) تقدم تحريجه ، في : ٢٠٤/٧ .

فصل : ولا يجوز أن يُقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعي . ولم^(٣٧) أعلم فيه خلافا ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٣٨) . / والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط ، بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان ، بناء على الشرط الفاسدة في البيع .

و ٤٣/١١

فصل : وإن فوض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ؛ لأنه يجوز أن يتولى ذلك ، فجاز له التوكيل فيه ، كالبيع . وإن فوض إليه اختيار قاض ، جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ، ولا والده ، ولا ولده ، كما لو وكله في الصدقة بمال ، لم يجز له أخذه ، ولا دفعه إلى هذين . ويحتمل أن^(٣٩) يجوز له اختيارهما ، إذا كانا صالحين للولاية ؛ لأنهما يَدْخُلان في عموم من أذن له في الاختيار منه ، مع أهليتهما ، فأشبهها الأجانب .

فصل : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس ، جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه ، أو بعض رعيته ؛ فإن عمر حاكم أيباً إلى زيد^(٤٠) ، وحاكم رجلاً عراقياً إلى شريح^(٤١) ، وحاكم على اليهودي إلى شريح^(٤٢) ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم^(٤٣) ، وإن عرضت حكومة لوالديه ، أو ولده ، أو من لا تقبل شهادته له^(٤٤) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم^(٤٥) ، لم ينفذ حكمه . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم ينفذ حكمه له بنفسه . والثاني ، ينفذ حكمه . اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف ، وابن المنذر ، وأبي ثور ؛ لأنه حكم لغيره ، أشبه الأجانب . وعلى القول

(٣٧) في م : د ولا .

(٣٨) سورة ص ٢٦ .

(٣٩) في ب ، م : د أنه .

(٤٠) تقدم التخريج ، في صفحة ٣٩ .

(٤١) لم نجده ، وانظر الإرواء ٢٣٩/٨ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م زيادة : د له .

الأول، متى عَرَضَتْ لهؤلاءُ حُكُومَةٌ ، حَكَمَ بَيْنَهُمُ الإمامُ ، أو حَاكَمَ آخَرُ ، أو بعضُ خُلَفَائِهِ ، فإنْ كَانَتِ الحُصُومَةُ بَيْنَ والدَيْهِ ، أو وَلَدَيْهِ ، أو والدِهِ وولَدِهِ ، لم يَجُزْ له الحُكْمُ بَيْنَهُمَا ، على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شهادَتُهُ لأحَدِهِمَا على الآخرِ ، فلم يَجُزْ / الحُكْمُ بَيْنَهُمَا ، كما لو كان خَصْمُهُ أَجْنَبِيًّا . وفي الآخرِ ، يجوزُ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لَأَنَّهُمَا^(٤٤) سواءٌ عنده ، فارتفعتْ تَهْمَةُ المَيْلِ ، فَأَشْبَهَا الأَجْنَبِيَّينِ .

فصل : وإذا تحاكمَ رجلانِ إلى رجلٍ حَكَماهُ بَيْنَهُمَا ورَضِيَّاهُ ، وكان مِمَّنْ يَصْلُحُ للقضاءِ ، فحَكَمَ بَيْنَهُمَا ، جاز ذلك ، ونَفَذَ حُكْمَهُ عليهما . وبهذا قال أبو حنيفة . وللشَّافِعِيِّ قولان ؛ أحدهما ، لا يَلْزُمُهُما حُكْمُهُ إِلَّا بِتَراضِييهما ؛ لَأَنَّ حُكْمَهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ بالرِّضا به ، ولا يكونُ الرِّضَى إِلَّا بعدَ المَعْرِفَةِ بحُكْمِهِ . ولنا ، ما رَوَى أبو شُرَيْحٍ ، أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال له : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ ، فَلِمَ تُكْنِي أبا الْحَكَمِ ؟ » قال : إِنَّ قَوْمِي إِذَا اختلفوا في شَيْءٍ أَتَوْنِي ، فحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ ، فَرَضِي^(٤٥) عَلَى الْفَرِيقَانِ . قال : « مَا أَحْسَنَ هَذَا ، فَمَنْ أَكْبَرُ وَلَدِكَ ؟ » قال : شُرَيْحٌ . قال : « فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْحٍ » . أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ^(٤٦) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ^(٤٧) قال : « مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَراضِيًّا بِهِ ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ مَلْعُونٌ »^(٤٨) . ولولا أَنَّ حُكْمَهُ يَلْزُمُهُمَا ، لَمَا لَحِقَهُ هَذَا الذَّمُّ^(٤٩) ، ولأنَّ عُمَرَ وأَبِيًّا تَحَاكَمَا إلى زَيْدٍ ، وحَاكَمَ عُمَرُ أَغْرَابِيًّا إلى شُرَيْحٍ قَبْلَ أَنْ يُؤَلِّيَهُ ، وتَحَاكَمَ عُثْمَانُ وطلحةُ إلى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ ، ولم يكونوا قُضَاءً . فإن قيل : فَعُمَرُ وَعُثْمَانُ كانا إِمَامَيْنِ ، فإِذَا رَدَّا الحُكْمَ إلى رجلٍ صارَ قاضِيًّا . قلنا : لم يُنْقَلْ عَنْهُمَا إِلَّا الرِّضَى بِتَحْكِيمِهِ خَاصَّةً ، وبهذا لا يَصِيرُ قاضِيًّا ، وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بما إِذَا رَضِيَ بِتَصَرُّفٍ وَكَيْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ قَبْلَ المَعْرِفَةِ به .

(٤٤) في ب ، م : « لأنها » .

(٤٥) في م : « ورضي » .

(٤٦) في : باب إذا حكموا رجلا ففضى بينهم ، من كتاب الأدب . المجتبى ٥٨٥/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تغيير الاسم القبيح ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٥/٢ .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) انظر : تلخيص الحبير ١٨٥/٤ ، حيث ذكر ابن حجر ، أن ابن الجوزي ذكره في التحقيق .

(٤٩) في ب : « اللوم » .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ فِيمَا لَا يُنْقَضُ بِهِ حُكْمُ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْحَاكِمِ نَقْضُهُ إِذَا خَالَفَ رَأْيَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَقْدٌ فِي حَقِّ الْحَاكِمِ ، فَلَمَّا فَسَخَّه ، كَالْعَقْدِ / الْمَوْقُوفِ فِي حَقِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا حُكْمٌ صَحِيحٌ لَا زِمَ ، فَلَمْ يَجْزَ فَسْخُوهَ لِمُخَالَفَتِهِ^(٥٠) رَأْيَهُ ، كَحُكْمِ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ ، وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ حُكْمَهُ لَا زِمَ لِلْخَصْمَيْنِ ، فَكَيْفَ يَكُونُ مَوْقُوفًا ؟ وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ ، لَمَلَّكَ فَسْخُوهَ وَإِنْ لَمْ يُخَالَفْ رَأْيَهُ ، وَلَا نَسَلُمُ الْوَقُوفَ فِي الْعُقُودِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَصْمَيْنِ الرَّجُوعَ عَنْ تَحْكِيمِهِ قَبْلَ شُرُوعِهِ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِرِضَايَاهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوَرَجَعَ عَنِ التَّوَكُّلِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ شُرُوعِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَمْ يَتِمَّ ، أَشْبَهَ قَبْلَ الشُّرُوعِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِذَا رَأَى مِنَ الْحُكْمِ مَا لَا يُوَافِقُهُ ، رَجَعَ ، فَيَبْطُلُ^(٥١) الْمَقْصُودُ بِهِ .

فصل : قَالَ الْقَاضِي : وَيَنْفُذُ حُكْمُ مَنْ حَكَّمَاهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ؛ النِّكَاحَ ، وَاللُّعَانَ ، وَالْقَذْفَ ، وَالْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ مَزِيَّةٌ عَلَى غَيْرِهَا ؛ فَانْتَصَرَ الْإِمَامُ بِالنَّظَرِ فِيهَا ، وَنَائِبُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَنْفُذُ حُكْمَهُ فِيهَا . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . وَإِذَا كَتَبَ هَذَا الْقَاضِي بِمَا حَكَّمَ بِهِ كِتَابًا إِلَى قَاضٍ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، وَتَنْفِيذُ كِتَابِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَاكِمٌ نَافِذٌ الْأَحْكَامِ ، فَلَزِمَ قَبُولُ كِتَابِهِ ، كَحَاكِمِ الْإِمَامِ .

١٨٧٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَيَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ ، إِذَا صَحَّ الْحَقُّ عَلَيْهِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ مَنْ ادَّعَى حَقًّا عَلَى غَائِبٍ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَطَلَبَ مِنَ الْحَاكِمِ سَمَاعَ الْبَيِّنَةِ ، وَالْحُكْمَ بِهَا عَلَيْهِ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ إِجَابَتُهُ ، إِذَا كَمَلَتِ الشَّرَائِطُ . وَهَذَا قَالَ شَيْخُ رَمَّةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَسَوَّارٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَكَانَ

(٥٠) فِي الْأَصْلِ : « مُخَالَفَةً » .

(٥١) فِي م : « فَيَبْطُلُ » .

٤٤/١١ ظ شَرِيح / لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله . وبه قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه . وروى ذلك عن القاسم ، والشَّعْبِي ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر ، من وكيل^(١) أو شفيع ، جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال لعلي : « إذا تقاضى إليك رجلان ، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك تدري بما تقضى » . قال الترمذي^(٢) : هذا حديث حسن^(٣) . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلم يجز ، كما لو كان الآخر في البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يُبطل البيّنة ، ويقدر فيها ، فلم يجز الحكم عليه . ولنا ، أن هنذا قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ؟ قال : « نخذي ما يكفيلك وكذلك بالمعروف » . متفق عليه^(٤) ، فقضى عليه^(٥) لها ، ولم يكن حاضرا ، ولأن هذا له بيّنة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها . كما لو كان الخصم حاضرا ، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البيّنة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضرا ، يُقدّم عليه إذا كان غائبا ، كسماع البيّنة . وأما حديثهم ، فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان ، لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البيّنة لا تُسمع على حاضر إلا بحضوره ، والغائب بخلافه . وقد ناقض أبو حنيفة أصله ، فقال : إذا جاءت امرأة فادّعت أن لها زوجا غائبا ، وله مال في يدرجل ، وتحتاج إلى النفقة ، فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة ، ولو ادّعى رجل على حاضر ، أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة ، وأقام بيّنة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه ، فحضر بعض ورثته ، أو حضر / وكيل الغائب ، وأقام المدعى بيّنة بذلك ، حكم له بما ادّعاه . إذا ثبت هذا ، فإنه إن قدم الغائب

(١) في الأصل : « وكيله » .

(٢) في : باب ما جاء في القاضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦/٧٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١/١٤٣ ، ١٥٠ . والبيهقي ، في : باب ما يقول القاضي إذا جلس الخصمان بين

يديه ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى ١٠/١٣٧ .

(٣) في الأصل ، م زيادة : « صحيح » . وليس في الترمذي .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٤٨/١١ .

(٥) سقط من : م .

قَبْلَ الْحُكْمِ ، وَقَفَ الْحُكْمُ عَلَى حُضُورِهِ ، فَإِنْ جَرَّحَ ^(٦) الشُّهُودَ ، لَمْ يَحْكَمْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اسْتَنْظَرَ الْحَاكِمُ ، أَجَلَهُ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا حَكَمَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ ^(٧) بَرِيٌّ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُدَّعَى ، وَحَكَمَ لَهُ ، وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَجَرَّحَ الشُّهُودَ بِأَمْرِ كَانَ قَبْلَ الشَّهَادَةِ ، بَطَلَ الْحُكْمُ ، وَإِنْ جَرَّحَهُمْ بِأَمْرٍ بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ أَوْ مُطْلَقًا ، لَمْ يَنْطَلِ الْحُكْمُ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْحُكْمِ ، فَلَا يَقْدَحُ فِيهِ . وَإِنْ طَلَبَ التَّأْجِيلَ ، أَجَلَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ جَرَّحَهُمْ ، وَإِلَّا تَفَدَّ الْحُكْمُ . وَإِنْ ادَّعَى الْقَضَاءُ ، أَوْ الْإِبْرَاءَ ، فَكَانَتْ لَهُ بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْآخَرُ ، وَنَفَذَ الْحُكْمُ .

فصل : وَلَا يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا فِي حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، فَأَمَّا فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى الْمُسَاهَلَةِ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى غَائِبٍ بِسَرِقَةٍ مَالٍ ، حُكِمَ بِالْمَالِ دُونَ الْقَطْعِ .

فصل : وَإِذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى غَائِبٍ ، أَوْ غَيْرِ مُكَلِّفٍ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، لَمْ يُسْتَحْلَفِ الْمُدَّعَى مَعَ بَيِّنَتِهِ ، فِي أَشْهُرِ الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٨) . وَلِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، فَلَمْ تَجِبِ الْيَمِينُ مَعَهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى حَاضِرٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُسْتَحْلَفُ مَعَهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتَوْفَى مَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ مَلَكَهُ الْعَيْنُ الَّتِي قَامَتْ بِهَا الْبَيِّنَةُ ، وَلَوْ كَانَ حَاضِرًا فَادَّعَى ذَلِكَ ، لَوَجَبَتِ الْيَمِينُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ لَغَيْبَتِهِ ، أَوْ عَدَمِ تَكْلِيفِهِ ، يَجِبُ أَنْ يَقُومَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِيمَا يُمَكِّنُ دَعْوَاهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ مَأْمُورٌ بِالِاخْتِيَاظِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْغَائِبِ ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا / مِنْ الْإِخْتِيَاظِ .

ظ ٥٠/١١

فصل : ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ^(٩) ، أَنَّهُ إِذَا قُضِيَ عَلَى الْغَائِبِ بَعَيْنٍ ، سُلِّمَتْ إِلَى

(٦) فِي ب ، م : « خَرَجَ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٥٨٧/٦ ، وَانْظُرْ : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

(٩) فِي ب : « أَحْمَد » .

المدعى ، وإن قضى عليه بدني ، ووجد له مال ، وفنى منه ؛ فإنه قال ، في رواية حرب ، في رجل أقام بينة أن له سهمًا من ضيعة في أيدي قوم ، فتواروا عنه : يُقسم عليهم ، شهدوا أو غابوا ، ويدفع إلى هذا حقه . ولأنه ^(١٠) ثبت ^(١١) حقه بالبينة ، فيسلم إليه ، كما لو كان خصمه حاضرا . ويحتمل أن لا يدفع إليه شيء حتى يُقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه ، وأبطل دعواه ، فعليه ضمان ما أخذه ، لئلا يأخذ المدعى ما حكم له به ، ثم يأتي خصمه ، فيبطل حجته ، أو يُقيم بينة بالقضاء والإبراء ، أو تملك العين ^(١٢) التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته ، فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول ؛ فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة ، فقال : هي عندي وديعة : إذا أقيمت البينة أنهاله ، تدفع إلى الذي أقام البينة ، حتى يجيء صاحب الوديعة ^(١٣) فيثبت .

فصل : فأما الحاضر في البلد ، أو قريب منه ، إذا لم يُمنع من الحضور ، فلا يقضى عليه قبل حضوره . في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعي ، في وجه لهم : إنه يُقضى عليه في غيبته ؛ لأنه غائب ، أشبه الغائب عن البلد . ولنا ، أنه أمكن سؤاله ، فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله ، كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ؛ فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور ، أو توارى ، فظاهر كلام أحمد ، جواز القضاء عليه ؛ لما ذكرنا عنه في رواية حرب . وروى عنه أبو طالب ، في رجل وجد غلامه عند رجل ، فأقام البينة أنه غلامه ، فقال الذي عنده الغلام : أودعني هذا رجل . فقال أحمد : أهل المدينة يقضون ^(١٤) على الغائب ، يقولون : إنه لهذا الذي أقام البينة . وهو مذهب حسن ، وأهل البصرة يقضون ^(١٤) / على غائب ، يُسمونه الإغدار . وهو إذا ادعى على رجل ألفا ، وأقام البينة ، فاختفى المدعى عليه ، يرسل إلى بابه ، فينادي الرسول ثلاثا ، فإن جاء ، وإلا قد أعذروا إليه . فهذا يقوى قول أهل المدينة ، وهو معنى حسن . وقد ذكر

و ٤٦/١١

(١٠) سقطت الواو من : ب ، م .

(١١) في ب ، م : « ثبت » .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) في الأصل : « البينة » .

(١٤-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

الشَّريْفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ يُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ الْمُتَمَتِّعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ ^(١٥) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حُضُورُهُ وَسُؤَالُهُ ، فَجَازَ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ ، كَالْغَائِبِ الْبَعِيدِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْبَعِيدَ مَعْدُورٌ ، وَهَذَا لَا عُذْرَ لَهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ شَيْئًا مِنْ هَذَا .

١٨٧٩ - مَسْأَلَةٌ ^(١) ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَثَاهُ شَرِيكَانِ فِي رَنْعٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَسَأَلَاهُ أَنْ يَقْسِمَهُ ^(٢) بَيْنَهُمَا ، فَسَمَهُ ^(٣) ، وَاتَّبَعَ فِي الْقَضِيَّةِ بِذَلِكَ ، أَنْ قَسَمَهُ إِيَّاهُ بَيْنَهُمَا كَانَ عَنْ إِقْرَارِهِمَا ، لَا عَنْ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ لَهُمَا بِمِلْكِهِمَا)

الأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَبَيَّنُّهُمْ أَنْ آلِمَاءَ قِسْمَةٍ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُخْتَضِرٌ ﴾ ^(٤) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى ﴾ ^(٥) الْآيَةُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » ^(٦) . وَقَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْرٌ عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشَرَ سَهْمًا ^(٧) ، وَكَانَ يَقْسِمُ الْغَنَائِمَ ^(٨) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى الْقِسْمَةِ ؛ لِيَتِمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ مِنَ ^(٩) التَّصَرُّفِ عَلَى إِثَارِهِ ، وَيَتَخَلَّصَ مِنْ سُوءِ الْمُشَارَكَةِ وَكَثْرَةِ الْأَيْدِي . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، ^(١٠) فَإِنَّ الشَّرِيكََيْنِ فِي أَيْ شَيْءٍ ^(١١) كَانَ ، رِبْعًا أَوْ غَيْرَهُ - وَالرَّيْبُ : هُوَ الْعَقَارُ مِنَ الدُّورِ

(١٥) فِي م : لَا قَوْلَ .

(١) قَبْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي م زِيَادَةٌ : « كِتَابُ الْقِسْمَةِ » . ثُمَّ يَرِدُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ شَرْحِ الْمَسْأَلَةِ : « الْأَصْلُ فِي الْقِسْمَةِ ... » ، إِلَى آخِرِ قَوْلِهِ : « وَكَثْرَةُ الْأَيْدِي » . ثُمَّ تَأْتِي مَسْأَلَةٌ مُخْتَصِرِ الْخَرْقِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ب : « يَقْسِمُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » . وَفِي ب : « فَقَسَمَهَا » .

(٤) سُورَةُ الْقَمَرِ ٢٨ .

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ٨ .

(٦) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي : ٤٣٥/٧ .

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ أَسْهَمَ لَهُ سَهْمًا ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٦٩/٢ ، ٧٠٠ . وَإِلِمْ أَنَّ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢٠/٣ .

(٨) انْظُرْ : مَا تَقْدِمُ فِي : ١٨٩/٤ ، ١٩٠ ، ٣١٨/٩ ، ٤٦/١٣ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(١٠-١١) فِي الْأَصْلِ : « فِي شَيْءٍ » .

ونحوها - إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه^(١١) بينهما ، أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنده^(١٢) ملكهما . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث^{ظ ٤٦/١١} ، لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ؛ لأن / الميراث باق على حكم ملك الميت ، فلا يقسمه^(١٣) احتياطاً للميت ، وأما ما عدا العقار يقسمه^(١٤) ، وإن كان ميراثاً ؛ لأنه يورث ويهلك ، وقسمته تحفظه ، وكذلك العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي ، أنه لا يقسم ، عقاراً كان أو غيره ، ما لم يثبت ملكهما ؛ لأن قسمه بقولهم لورفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله^(١٥) أن يجعله حكماً لهم ، ولعله يكون لغيرهم . ولنا ، أن اليد تدل على الملك ، ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم ، وانتهابه^(١٦) ، واستجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا أثبت^(١٧) في القضية أنني قسمته بينهم بإقرارهم ، لا عن بينة شهدت لهم بملكهم ، وكل ذي حجة على حجته . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن الظاهر ملكهم ، ولا حق للميت فيه ، إلا أن يظهر عليه دين ، وما ظهر ، والأصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به في غير العقار ، وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

فصل : وتجوز قسمة المكيلات والموزونات ، من المطعومات وغيرها ؛ لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها ، يدل على جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبيه^(١٨) . وسواء في ذلك الحبوب ، والثمار ، والنورة ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوها^(١٩) من الجامدات ، والعصير ، والحل ، واللبن ، والعسل ، والسمن ، والدبس ، والزيت ،

(١١) في الأصل : « يقسم » .

(١٢) في النسخ : « عنه » .

(١٣-١٤) في ب : « وما عدا العقار قسمه » .

(١٤) في الأصل : « سننها » . وفي ب : « سنها » . وفي الشرح الكبير ٢١٧/٦ : « سهل » .

(١٥) في الأصل ، ١ : « وإيهابه » .

(١٦) في الأصل ، ١ : « ثبت » .

(١٧) في الأصل ، ١ : « البينة » .

(١٨) في الأصل ، ب : « ونحوها » .

والرُّبُّ ونحوها^(١٩) من المائعات، وسواء قلنا: إنَّ القِسْمَةَ بَيَّعَ أو^(٢٠) إِفْرَازُ حَقٍّ^(٢١)؛ لأنَّ بَيَّعَهُ جَائِزٌ، وإِفْرَازُهُ^(٢٢) جَائِزٌ. فإن كان فيها أنواعٌ، كحِنْطَةٍ وشَعِيرٍ، وتَمْرٍ وزَيْبٍ، فطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهَا كُلَّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، أُجِبَ الْمُتَمَتِّعُ، وإن طَلَبَ قِسْمَهَا^(٢٣) أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، لم يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ؛ لأنَّ هَذَا بَيَّعَ نَوْعٍ بَنَوْعٍ آخَرَ، وليس بِقِسْمَةٍ، فلم / يُجْبَرْ عَلَيْهِ، كغَيْرِ الشَّرِيكِ. فإن تَرَضَّيَا عَلَيْهِ، جاز. وكان بَيِّعًا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ، فيما يُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِيهِ، وسائرُ شُرُوطِ البَيْعِ.

فصل: فإن كان بينهما ثيابٌ، أو حيوانٌ، أو أَوَانٍ، أو خَشَبٌ، أو عُمْدٌ، أو أَحْجَارٌ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهَا، جاز؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَسَمَ الْغَنَائِمَ يَوْمَ بَدْرٍ،^(٢٤) وَيَوْمَ حُنَيْنٍ^(٢٥)، وَيَوْمَ خَيْبَرَ، وهي تُشْتَمَلُ عَلَى أَجْناسٍ مِنَ الْمَالِ، وسواء اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَةِ كُلِّ جِنْسٍ بَيْنَهُمَا، أو عَلَى قِسْمَتِهَا أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ. وإن طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، وَطَلَبَ الْآخَرُ قِسْمَتَهُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، إِذَا أُمِكنَ. وإن طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ، وَأَبَى الْآخَرُ، وَكَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ إِلَّا بِأَخْذِ عَوَضٍ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ، أو قَطْعِ ثَوْبٍ فِي قِطْعِهِ نَقْصٌ، أو كَسْرٍ إِنْاءٍ^(٢٦)، أو رَدِّ عَوَضٍ، لم يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ.^(٢٧) وإن أُمِكنَ قِسْمَةَ كُلِّ نَوْعٍ عَلَى حَدِّهِ، مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، وَلَا رَدِّ عَوَضٍ، فَقَالَ الْقَاضِي: يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ^(٢٨). وهو ظاهرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ،^(٢٩) وقال أَبُو الْخَطَّابِ^(٣٠): لَا أَعْرِفُ فِي هَذَا عَنِ إِمَامِنَا رَايَةً، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ. وهو قولُ ابْنِ خَيْرَانَ^(٣١)، مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّ هَذَا إِنَّمَا يُقَسَّمُ أَعْيَانًا بِالْقِيَمَةِ، فلم يُجْبَرْ

(١٩) في الأصل: « ونحوها » .

(٢٠-٢٠) في الأصل: « إقرار بحق » . ويأتي في الفصل التالي .

(٢١) في الأصل: « وإقراره » .

(٢٢) في الأصل: « قسمتها » .

(٢٣-٢٣) سقط من: الأصل .

(٢٤) سقط من: ب .

(٢٥-٢٥) سقط من: ب . نقل نظر .

(٢٦-٢٦) في الأصل، م: « وهو قول أبي الخطاب » .

(٢٧) هو أبو علي الحسين بن صالح بن خيران، أحد أركان مذهب الشافعي، وكان إماماً زاهدا ورعا، توفي سنة عشرين

وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٢٧١ - ٢٧٤ .

المُمتنع عليه ، كما لا يُجبر على قسمة الدور ، بأن يأخذ هذا داراً وهذا داراً وهذا داراً ،
وكالجنسين المختلفين . ووجه الأول ، أن الجنس الواحد كالدار الواحدة ، وليس
اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة ،
فإن أرض القرية تختلف ، سيما^(٢٨) إذا كانت ذات أشجار مختلفة ، وأراض متنوعة ،
والدار ذات بيوت واسعة وضيق ، وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع الإجماع على
القسمة ، كذلك الجنس الواحد ، وفارق / الدور ؛ فإنه أمكن قسمة كل دار على
حدتها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو إناء على حدته ، وإن كانت الثياب
أنواعاً ؛ كالحرير ، والقطن ، والكتان ، فهي كأجناس ، وكذلك سائر الأموال . والحيوان
كغيره من الأموال ، ويُقسم النوع الواحد منه . وبه قال الشافعي ، وأبو يوسف ومحمد .
وقال أبو حنيفة : لا يُقسم الرقيق قسمة إجبار ؛ لأنه تختلف منافعه ، ويُقصد منه العقل
والدين والفتنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل . ولنا ، أن النبي ﷺ جزأ العبيد الذين أعتقهم
الأنصارى في مرضه ثلاثة أجزاء^(٢٩) . ولأنه نوع حيوان يدخله التقويم ، فجازت
قسمة ، كسائر الحيوان ، وما ذكره^(٣٠) غير صحيح ؛ لأن القيمة تجمع ذلك ، وتعدله
كسائر الأشياء المختلفة .

فصل : والقسمة إقرار^(٣١) حق ، وتميز أحد النصيبين عن^(٣٢) الآخر ، وليست
ببيعاً . وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : هي بيع . وحكى عن أبي عبد الله ابن
بطّة ؛ لأنه يُبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة
البيع . ولنا ، أنها لا تفتقر إلى لفظ التملك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإجبار ،
وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء^(٣٣) من

(٢٨) في م : « سير » خطأ .

(٢٩) تقدم ترجمته ، في : ٣٩٥/٨ ، ويضاف إليه : وأخرجه ابن ماجه ، في : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب
الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٦/٢ .

(٣٠) في الأصل : « ذكره » .

(٣١) في الأصل : « إقرار » .

(٣٢) في ب ، م : « من » .

(٣٣) في الأصل ، م : « شيئاً » .

ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً ، كسائر العقود ، وفائدة الخلاف ، أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً^(٣٤) ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ، ولا يحث إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وقفاً ، جازت القسمة ، وإن قلنا : هي بيع . انعكست هذه الأحكام ، هذا إذا خلعت من الرد ، فإن كان / فيها رد عوض ، فهي بيع ؛ لأن صاحب الرد يبدل المال عوضاً عما يحصل^(٣٥) له من مال شريكه ، وهذا هو البيع . فإن فعلاً ذلك في وقف ، لم يجز ؛ لأن بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وقفاً ، وبعضه طلقاً ، والرد من صاحب الطلق ، لم يجز ؛ لأنه يشتري بعض الوقف ، وإن كان من أهل الوقف ، جاز ؛ لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

فصل : وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وهذا قال الإصطخري . وقال أبو حنيفة : تقبل ، وإن كان بأجرة ؛ لأنه لا يلحقه تهمة ، فقبل قوله ، كالمرضية . وقال الشافعي : لا تقبل ؛ لأنه شهد على فعل نفسه الذي يوجب تعديله ، فلم تقبل ، كشهادة القاضي المعزول على حكمه . ولنا ، أنه شهد بما لا نفع له فيه ، فقبل ، كالأجنبي . وإذا كان بأجرة ، لم يقبل ؛ لأنه متهم ، لكونه يوجب الأجرة لنفسه^(٣٦) ، وهذا نفع ، فتكون شهادته لنفسه^(٣٦) . وقول الشافعي : إنه يوجب تعديله . ممنوع ، ولا نسلم لهم ما ذكروه في الحكم^(٣٧) .

١٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ سَأَلَ أَحَدُهُمَا شَرِيكَهُ مُقَاسَمَتَهُ ، فَأَمْتَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا ثَبَتَ^(١) عِنْدَهُ مِلْكُهُمَا ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَنْقَسِمُ وَيَنْتَفَعَانِ بِهِ مَقْسُومًا)

(٣٤) في النسخ : « حرصاً » . والحرص : التقدير .

(٣٥) في الأصل ، ١ : « جعله » . وفي م : « حصل » .

(٣٦-٣٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٧) في ب « الحاكم » .

(١) في ب ، م : « أثبت » .

أما إذا طلب أحدهما القسمة ، فامتنع الآخر ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، يُجبر الممتنع على القسمة ، وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يثبت عند الحاكم ملكهما بيينة ؛ لأن في الإيجاب على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما ثبت^(٢) به الملك لخصمه ، بخلاف حالة الرضى ؛ فإنه لا يحكم على أحدهما ، إنما يقسم بقولهما ورضاها . الشرط الثاني ، أن لا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر ، لم يجبر الممتنع ؛ لقول النبي ﷺ : « لا ضرر ، ولا إضرار^(٣) » . رواه ابن ماجه ، / ٤٨/١١
ورواه مالك ، في « موطئه » مرسلاً^(٤) ، وفي لفظ ، أن رسول الله ﷺ قضى ، أن لا ضرر ولا إضرار^(٥) . الشرط الثالث ، أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمكن ذلك ، لم يجبر الممتنع ؛ لأنها تصير بيعاً ، والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين ، ومثال ذلك ، أرض قيمتها مائة ، فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين ، فإذا جعلت الأرض سهماً^(٦) ، كانت الثلث ، فيحتاج أن يجعل معها خمسون^(٧) يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ، ليكونا نصفين متساويين ، فهذه فيها بيع ، ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن^(٨) الذي أخذه ، والبيع لا يجبر^(٩) عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٠) . فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة ، أُجبر الممتنع منهما على القسمة ؛ لأنها تتضمن إزالة ضرر الشراكة عنهما ، وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز ، كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء والزرع والسقاية^(١١) والإجارة والعارية ، ولا

(٢) في ب ، م : « يثبت » .

(٣) في م : « ضرار » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ١٤٠/٤ .

(٥) في الأصل : « بينهما » .

(٦) في م : « خمسين » .

(٧) في الأصل ، ١ : « من الثمن » .

(٨) في م : « يجيره » .

(٩) سورة النساء ٢٩ .

(١٠) في م : « والساقية » .

يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْإِشْتِرَاكِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُجَبَّرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَ ^(١١) فِي الضَّرَرِ الْمَانِعِ مِنَ الْقِسْمَةِ ، فَفِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، هُوَ مَا لَا يُمَكِّنُ مَعَهُ انْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ مُفْرَدًا ، فِيمَا كَانَ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ الشَّرِكَةِ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ بَيْنَهُمَا دَارٌ صَغِيرَةٌ ، إِذَا قُسِمَتْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْضِعًا ضَيِّقًا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ . ^(١٢) وَلَوْ أُمِكَنَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فِي شَيْءٍ غَيْرِ الدَّارِ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ ^(١٣) دَارًا ، لَمْ يُجَبَّرْ عَلَى الْقِسْمَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ يَجْرِي مَجْرَى الْإِثْلَافِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْمَانِعَ هُوَ أَنْ تَنْقُصَ قِيَمَةُ نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا بِالْقِسْمَةِ عَنْ خَالِ الشَّرِكَةِ ، وَسِوَاءَ ^(١٤) انْتَفَعُوا بِهِ مَقْسُومًا أَوْ لَمْ يَنْتَفِعُوا . / وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ الْمِمْوْنِيِّ : إِذَا قَالَ بَعْضُهُمْ يَقْسِمُ وَبَعْضُهُمْ لَا يَقْسِمُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصَانٌ مِنْ ثَمَنِهِ ، بِيْعَ ، وَأَعْطُوا الثَّمَنَ . فَاعْتَبَرَ نَقْصَانُ الثَّمَنِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ نَقْصَ قِيَمَتِهِ ضَرَرٌ ، وَالضَّرَرُ مَنْفِيُّ شَرْعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : يُجَبَّرُ الْمُتَنَتِعُ وَإِنْ اسْتَضَرَّ ، قِيَاسًا عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرًا ، فَلَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ ، كَقِسْمَةِ الْجَوْهَرَةِ بِكَسْرِهَا ، وَلَئِنْ فِي قِسْمَتِهِ إِضَاعَةٌ لِلْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ إِضَاعَتِهِ ^(١٥) . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ يَسْتَضِرُّ بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ ؛ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا دَارٌ ، لِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَاهَا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهَا ، فَإِذَا قَسَمَاهَا ^(١٦) اسْتَضَرَّ صَاحِبُ الثَّلَاثِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكُونُ دَارًا ، وَلَا يَسْتَضِرُّ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى لَهُ مَا يَصِيرُ دَارًا مُفْرَدَةً ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الثَّلَاثِينَ الْقِسْمَةَ ، لَمْ يُجَبَّرِ الْآخَرُ عَلَيْهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ ^(١٧) ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ، قَالَ : كُلُّ قِسْمَةٍ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَا أَرَى قِسْمَهَا ^(١٨) . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَبْنَى ثَوْرٍ . وَقَالَ

(١١) فِي م : « اختلفوا » .

(١٢-١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٣) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(١٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٥١٦/٦ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « قَسَمَهَا » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(١٧) فِي ب ، م : « قَسَمَهَا » .

القاضي : يُجْبَرُ الْآخَرُ عَلَيْهَا . وهو قول الشافعي ، وأهل العراق ؛ لأنه طلب إفراد^(١٨) نصيبه الذي لا يستتضر بتميزه ، فوجب إجابته إليه ، كالمالك لا يستتضر بالقسمة . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . ولأنها قسمة يضر^(١٩) بها صاحبه ، فلم يجبر عليها ، كالمستضر أمعا ، ولأن فيه إضاعة المال ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته ، وإذا حرم عليه^(٢٠) إضاعة ماله ، فإضاعة^(٢١) مال غيره أولى . وقد روى عمرو بن جميع^(٢٢) ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تَعْضِيَةَ^(٢٣) عَلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ ، إِلَّا مَا حَصَلَ الْقِسْمُ » . قال أبو عبيدة : هو أن يُخْلَفَ شيئا ، إذا قسِمَ كان فيه ضرر على بعضهم ، أو عليهم جميعا . ولأننا اتفقنا / على أن الضرر مانع من القسمة ، وأن الضرر في حق أحدهما مانع ، ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب ؛ لأنه مرضي به من جهته ، فلا يجوز كونه مانعا ، كما لو تراضيا عليها مع ضررها أو ضرر أحدهما ، فتعين الضرر المانع في جهة المطلوب ، ولأنه ضرر غير مرضي به من جهة صاحبه ، فمنع القسمة ، كما لو استتضرا معا . وإن طلب القسمة المستتضر بها ، كصاحب الثلث في المسألة المفروضة ، أجبر الآخر عليها . هذا مذهب أبي حنيفة ، ومالك ؛ لأنه طلب^(٢٤) دفع ضرر الشركة عنه ، بأمر لا ضرر على صاحبه فيه ، فأجبر عليه ، كما لا ضرر فيه . يُحَقِّقُهُ أَنَّ ضرر الطالب مرضي به من جهته ، فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه ، فصار كما لا ضرر فيه . وذكر

(١٨) في ب ، م : « إفراد » .

(١٩) في م : « يستضر » .

(٢٠ - ٢١) في ا ، م : « إضاعته ماله ، فإضاعته » .

(٢١) قال عنه العقيلي : كذاب ، خبيث . الضعفاء الكبير ٣/٢٦٤ . والحديث أخرجه عن ابن حزم ، الدارقطني في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/٢١٩ . والبيهقي ، في : باب ما لا يحتمل القسمة ، من كتاب آداب القاضي . المسنن الكبرى ١٠/١٣٣ . وهو في : غريب الحديث ٧/٢ ، والفائق ٢/٤٤٤ ، والنهاية ، لأبن الأثير ٣/٢٥٦ .

(٢٢) في م : « تغصبة » . والإعجام غير واضح في : الأصل ، م . والتعضية : التفريق . غريب الحديث . الموضع السابق .

(٢٣) في م : « سلب » .

أصحابنا أن المذهب أنه لا يُجبر الممتنع على القسمة^(٢٤) ؛ لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال ، ولأن طلب القسمة من المستضر سقفة ، فلا يجب إجابه إلى السقفة . قال الشريف : متى كان أحدهما^(٢٥) يستضر ، لم تجب القسمة . وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما^(٢٥) ينتفع بها ، وجبت . وقال الشافعي : إن^(٢٦) انتفع بها الطالب ، وجبت ، وإن استضر بها الطالب ، فعلى وجهين . وقال مالك : تجب على كل حال . ولو كانت دار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، وللآخرين نصفها ، لكل واحد منهما ربعها ، فإذا قُسمت استضر كل واحد منهما ، ولم^(٢٧) يستضر صاحب النصف ، فطلب صاحب النصف القسمة ، وجبت إجابه ؛ لأنه يمكن قسمتها نصفين ، فيصير حقهما لهما داراً ، وله النصف ، فلا يستضر أحد منهما . ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة ؛ لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه^(٢٨) . وإن طلبا المقاسمة ، فامتنع صاحب النصف ، أجبر ؛ لأنه لا ضرر على واحد منهم . وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما ، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه^(٢٩) ، لم تجب القسمة على قياس المذهب ؛ لأنه إضرار بالطالب وسقفة . على الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة ؛ لأن المطلوب منه لا ضرر عليه . الحال / الثاني ، الذي لا يُجبر أحدهما على القسمة ، وهي ما إذا عُدَّ أحد الشروط الثلاثة ، فلا تجوز القسمة إلا برضاها ، وتسمى قسمة التراضي ، وهي جائزة مع اختلال الشروط كلها ؛ لأنها بمنزلة البيع والمناقلة ، وبيع ذلك جائز .

فصل : إذا كانت دار بين اثنين ، سُفِّلها وعلوها ، فإذا طلبا قسمها ؛ نظرت ، فإن طلب أحدهما قسمة السفيل والعلوينيها ، ولا ضرر في ذلك ، أجبر الآخر عليه . لأن^(٢٨) البناء في الأرض يجري مجرى العرس ، يتبعها^(٢٩) في البيع والشفعة ، ثم لو طلب قسمة

(٢٤) في ب ، م : « القسم » .

(٢٥-٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٦) في ب : « متى » .

(٢٧) في ب ، م : « ولا » .

(٢٨) في م : « أن » .

(٢٩) في م : « فيتبعها » .

أرض فيها غراس، أُجبرَ شريكه عليه ، كذلك البناء . وإن طلبَ أحدهما جعلَ السفلى لأحدهما^(٣٠) والعلو للآخر^(٣١) ، ويُقرع بينهما ، لم يُجبر عليه الآخر ؛ لثلاثة معانٍ ؛ أحدها ، أنَّ العلوَّ تبع^(٣٢) للسفلى ، ولهذا إذا بيعا ، تثبتت الشفعةُ فيهما ، وإذا أفرَدَ العلوُّ بالبيع^(٣٣) ، لم تثبت فيه الشفعة ، وإذا كان تبعاً له ، لم يُجعلِ المتبوعُ سهمًا والتبع^(٣٤) سهمًا ، فيصيرُ التبع^(٣٤) أصلًا . الثاني ، أنَّ السفلى والعلوَّ يجريانِ معجرى الدارين المتلاصقتين^(٣٥) ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يسكنُ منفردًا^(٣٦) ، ولو كان بينهما داران ، لم يكن لأحدهما المطالبةُ بجعلِ كلِّ دارٍ نصيبًا ، كذا ههنا . الثالث ، أنَّ صاحبَ القرارِ يملكُ قرارها وهواءها ، فإذا جعلَ السفلى نصيبًا انفردَ صاحبه بالهواء ، وليست هذه قسمةً عادلةً . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يُقسمُ الحاكمُ ، يجعلُ ذراعًا من السفلى بذراعين من العلو . وقال أبو يوسف : ذراعٌ بذراع . وقال محمد : ^(٣٧) يُقسمُها بالقيمة^(٣٧) . واحتجوا بأنَّها دارٌ واحدةٌ ، فإذا قسمها على ما يراه جاز ، كالتى لا علوها . ولنا ، ما ذكرناه من المعانى الثلاثة ، وفيها ردُّ ما ذكروه ، وما يذكرونه من كيفية القسمة ٥٠/١١ ظ تحكم ، وبعضه يردُّ بعضًا . وإن طلبَ أحدهما قسمةَ العلو / وحده ، أو السفلى وحده ، لم يُجبَ إليه ؛ لأنَّ القسمة تُرادُّ للتمييز ، ومع بقاء الإشاعة^(٣٨) فى أحدهما^(٣٨) لا يحصلُ التمييزُ . وإن طلبَ قسمةَ السفلى منفردًا ، أو العلوَّ منفردًا ، لم يُجبَ إليه ؛ لأنَّه قد يحصلُ لكلِّ واحدٍ منهما علوُّ سفلى الآخر ، فيستضيرُّ كلُّ واحدٍ منهما ، ولا يتميزُ الحَقَّان .

فصل : وإذا كان بينهما دارٌ ، أو خانٌ كبيرٌ ، فطلبَ أحدهما قسمةً ذلك ،

(٣٠) فى م : « لإحداهما » .

(٣١) فى م : « للآخرين » .

(٣٢) فى ب ، م : « يتبع » .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى ب : « المتبع » .

(٣٥) فى ب : « المتلاصقتين » .

(٣٦) فى الأصل : « مفردا » .

(٣٧-٣٧) فى الأصل : « يقسم بالقسمة » .

(٣٨-٣٨) سقط من : م .

ولا ضررَ في قِسْمَتِهِ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ ، وَتُفْرَدُ بَعْضُ الْمَسَاكِينِ عَنْ بَعْضٍ وَإِنْ كَثُرَتِ الْمَسَاكِينُ . وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا دَارَانِ ، أَوْ خَاتَانِ ، أَوْ أَكْثَرُ ، فَطُلِبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَهُ فِي إِحْدَى الدَّارَيْنِ ، أَوْ أَحَدِ الْخَاتَيْنِ ، وَيَجْعَلَ الْبَاقِيَ نَصِيبًا ، لَمْ يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِذَا رَأَى الْحَاكِمُ ذَلِكَ ، فَلَهُ فِعْلُهُ ، سَوَاءً تَقَارَبَا أَوْ تَفَرَّقَا ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ وَأَعْدَلُ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَا مُتَجَاوِرَتَيْنِ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُتَجَاوِرَتَيْنِ تَتَقَارَبُ مَنَفَعَتُهُمَا ، بِخِلَافِ الْمُتَبَاعِدَتَيْنِ . ^(٣٩) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَجَزَتْ ^(٤٠) الْأُخْرَى ^(٤١) ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ ^(٣٩) ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَجْرِيَانِ مَجْرَى الدَّارِ الْوَاحِدَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقُلُ حَقَّهُ مِنْ عَيْنٍ إِلَى عَيْنٍ أُخْرَى ، فَلَمْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ ، كَالْمُتَفَرِّقَتَيْنِ ^(٤٢) عَلَى مِلْكٍ ، وَكَأَلَوْ لَمْ تَكُنْ حَجَزَتْهَا ^(٤٣) مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَكَأَلَوْ كَانَا دَارًا وَدُكَّانًا ^(٤٤) مَعَ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ ، وَالْحُكْمُ فِي الدَّكَائِنِ كَالْحُكْمِ فِي الدُّورِ ، وَكَأَلَوْ كَانَتْ لَهَا عَضَائِدُ صَغَارٍ ، لَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ^(٤٥) مُنْفَرِدَةً ، لَمْ يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ قِسْمَتِهَا ^(٤٦) عَلَيْهَا .

فصل : وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا أَرْضٌ وَاحِدَةٌ يُمَكِّنُ قِسْمَتُهَا ، وَتَتَحَقَّقُ ^(٤٧) فِيهَا الشَّرُوطُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى قِسْمَتِهَا ^(٤٨) ، سَوَاءً كَانَتْ فَارِغَةً أَوْ ذَاتَ شَجَرٍ وَبِنَاءٍ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا نَخْلٌ ، وَكَرْمٌ ، وَشَجَرٌ مُخْتَلِفٌ ، وَبِنَاءٌ ، فَطُلِبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةُ كُلِّ عَيْنٍ عَلَى حَدِّتِهَا ، وَطُلِبَ الْآخَرُ قِسْمَةُ الْجَمِيعِ بِالْتَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُقَسَّمُ كُلُّ عَيْنٍ عَلَى حَدِّتِهَا ، وَكَذَلِكَ كُلُّ / مَقْسُومٍ ، إِذَا أُمَكِّنَتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جَيِّدِهِ

و ٥١/١١

(٣٩-٣٩) سقط من : الأصل .

(٤٠) في الأصل ، م ، والشرح الكبير ٢٢٦/٦ : « أحجرة » . وفي ب : « حجرة » . ولعل الصواب ما أشتاه .

(٤١) في ب : « والأخرى » .

(٤٢) في ب ، م : « كالمُتَفَرِّقَيْنِ » .

(٤٣) في ب ، م : « حجة بها » .

(٤٤) في الأصل : « أو دكانا » .

(٤٥) في ب : « منها » .

(٤٦) في ب ، م : « قسمها » .

(٤٧) في الأصل : « أو تتحقق » .

وَرَدِيَّةٌ ، كَانَ أَوْلَى . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا أُمَكَّنْتَ التَّسْوِيَةَ
 بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ فِي جَيِّدِهِ وَرَدِيَّةٍ ، بَأَنْ يَكُونَ الْجَيِّدُ فِي مُقَدِّمِهَا وَالرَّدِيءُ فِي مُؤَخَّرِهَا ، فَإِذَا
 قَسَمْنَاهَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ ^(٤٨) الْجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ مِثْلُ مَا لِلآخِرِ ، وَجَبَتْ الْقِسْمَةُ ، وَأُجْبِرَ
 الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ تُمَكِّنِ الْقِسْمَةُ هَكَذَا ، بَأَنْ تَكُونَ الْعِمَارَةُ أَوْ الشَّجَرُ وَالْجَيِّدُ لَا تُمَكِّنُ
 قِسْمَتَهُ وَخَدَهُ ، وَأُمَكِّنَ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَأُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ ^(٤٩) مِنَ
 الْقِسْمَةِ ^(٥٠) عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يُجْبِرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا .
^(٥١) وَقَالُوا : إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ ثَلَاثِينَ جَرِيئًا ^(٥٢) ، قِيَمَةُ عَشْرَةِ أَجْرِيَّةٍ مِنْهَا كَقِيَمَةِ
 عِشْرِينَ ^(٥٣) ، لَمْ يُجْبِرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهَا ^(٥٤) ؛ لِتَعْدِيرِ التَّسَاوِيِ فِي الزَّرْعِ ، وَلَأَنَّهُ لَوْ
 كَانَ حَقْلَانِ مُتَجَاوِرَانِ ^(٥٥) لَمْ يُجْبِرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنَ الْقِسْمَةِ ، إِذَا لَمْ تُمَكِّنِ إِلَّا بَأَنْ يُجْعَلَ كُلُّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمًا ^(٥٦) ، كَذَا هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَكَانٌ وَاحِدٌ ، أُمَكِّنْتَ قِسْمَتَهُ ، وَتَعْدِيلُهُ ،
 مِنْ غَيْرِ رَدِّ عَوْضٍ وَلَا ضَرَرٍ ، فَوَجَبَتْ قِسْمَتُهُ ، كَالدُّورِ . وَلَأَنَّ مَا ذَكَرُوهُ يُفْضِي إِلَى مَنْعِ
 وَجُوبِ الْقِسْمَةِ فِي الْبَسَاتِينِ كُلِّهَا ^(٥٧) ، وَالدُّورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسَاوِيِ الشَّجَرِ وَبِنَاءِ الدُّورِ
 وَمَسَاكِنِهَا إِلَّا بِالْقِيَمَةِ ، وَلَأَنَّهُ مَكَانٌ لَوْ بِيَعَ بَعْضُهُ وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ لِشَرِيكَ الْبَائِعِ ، فَوَجَبَتْ
 قِسْمَتُهُ ، كَمَا لَوْ أُمَكَّنْتَ التَّسْوِيَةَ بِالزَّرْعِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ بُسْتَانَانِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ ، أَوْ
 حَقْلَانِ ، أَوْ دَارَانِ ، أَوْ دُكَانَانِ مُتَجَاوِرَانِ أَوْ مُتَبَاعِدَانِ ، فَطَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَهُ ،
 بِجَعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يُجْبِرِ الْآخَرُ عَلَى هَذَا ، سَوَاءً كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ .
 وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مُتَمَيِّزَانِ ، لَوْ بِيَعَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ تَجِبِ الشُّفْعَةُ
 فِيهِ لِلْمَالِكِ / الْآخَرِ ، بِخِلَافِ الْبُسْتَانِ الْوَاحِدِ ، وَالْأَرْضِ الْوَاحِدَةِ وَإِنْ عَظُمَتْ ، فَإِنَّهُ

(٤٨) فِي م : فِي .

(٤٩-٤٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥٠-٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٥١) الْجَرِيبُ مِنَ الْأَرْضِ وَالطَّعَامُ : مَقْدَارُ مَعْلُومٍ . انْظُرْ تَفْصِيلَهُ فِي تَاجِ الْعُرُوسِ (ج ر ب) .

(٥٢) فِي النُّسخِ : عِشْرِينَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٣) كَذَا ، عَلَى أَنَّ « كَانَ » بِمَعْنَى وَجَدَ . وَانْظُرْ : الشَّرْحَ الْكَبِيرَ ٢٢٧/٦ .

(٥٤) فِي الْأَصْلِ : بَيْنَهُمَا .

(٥٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

إذا بيع بعضها ، وجبت الشفعة لملك البعض الباقي ، والشفعة كالقسمة ؛ لأن كل واحد منهما يراود لإزالة ضرر الشراكة ، وتقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته ، لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه ، لا تجب قسمته ، وعكس هذامات تجب قسمته ، تجب فيه الشفعة ، ومات تجب الشفعة فيه ، تجب قسمته . ولأنه لو بدأ الصلاح في بعض البستان ، كان صلاحاً لباقيه وإن كان كبيراً . ولم يكن صلاحاً لما جاوره^(٥٦) وإن كان صغيراً .

فصل : وإذا^(٥٧) كان في الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع ، أجبر الممتنع ؛ لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار ، فلم يمنع القسمة ، كالقماش ، وسواء خرج الزرع ، أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسمها ، بقي الزرع بينهما مشتركاً ، كما لو باع الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً ، لم يجبر الآخر عليه ؛ لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهم لا يمكن ؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة . وإن طلب قسمتها مع الزرع ، وكان قد خرج ، جاز ، وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلاً^(٥٨) ، أو قد اشتد الحب فيه ؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض ، والقسمة إقرار^(٦٠) حق ، وليست بيعاً . وإن قلنا : هي بيع . لم يجز^(٦١) إذا اشتد الحب ؛ لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض . ويحتمل الجواز ؛ لأن السنابل ههنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبهه ببيع النخلة المثمرة بمثلها . وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ؛ لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها ، فلم تجب قسمته معها ، كالقماش فيها . ولنا ، أنه ثابت فيها للنماء والنفع ، فأشبهه الغراس ، وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ، ولا ضرر / عليه في نقله . وإن كان

٥٢/١١

(٥٦) في ب ، م : : جاوره .

(٥٧) في م : : وإن .

(٥٨) القصيل : ما يقتصل أى يؤخذ من الزرع وهو أخضر .

(٥٩) سقط من : ب ، م .

(٦٠) في الأصل : : إقرار .

(٦١) في ب ، م : : يجز .

الزَّرْعُ بَذْرًا فِي الْأَرْضِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ ؛ لَجَهَالَتِهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ إِفْرَازَهُ ^(٦٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، فَلَا تَضُرُّ جَهَالَتُهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ فَاشْتَرَطَهُ ^(٦٣) ، مَلَكَه بِالشَّرْطِ ، وَإِنْ كَانَ بَذْرًا مَجْهُولًا .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا ^(٦٤) أَرْضٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، فِي أَحَدِ جَانِبَيْهَا بَيْتَرٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، وَفِي الْآخَرِ شَجَرَةٌ قِيمَتُهَا مِائَةٌ ، عُدِّلَتْ بِالْقِيَمَةِ ، وَجُعِلَتِ الْبَيْتَرُ مَعَ نَصِيفِ الْأَرْضِ بَيْنَهُمَا ^(٦٥) نَصِيبًا ، وَالشَّجَرَةُ مَعَ النُّصَيْفِ الْآخَرِ ^(٦٦) نَصِيبًا . فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ؛ نَظَرْتُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٧) أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ تَجِبِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أَقَلَّ ، لَمْ يُمَكِّنِ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِقِسْمَةِ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ^(٦٨) ، فَجَعَلْنَاهَا سَهْمًا ، وَالْبَيْتَرُ سَهْمًا ، وَالشَّجَرَةُ سَهْمًا ، لَمْ يَحْصُلْ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ شَيْءٌ مِنَ الْأَرْضِ ، ^(٦٩) فَيَصِيرُ هَذَا ^(٧٠) كَقِسْمَةِ الشَّجَرِ وَحْدَهُ ، وَقِسْمَةِ ذَلِكَ وَحْدَهُ لَيْسَتْ قِسْمَةٌ إجْبَارٍ . وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ كَثِيرَةً ^(٧١) الْقِيَمَةِ ، بِحَيْثُ يَأْخُذُ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ سَهْمَهُمْ مِنْهَا ، وَيَبْقَى مِنْهَا شَيْءٌ مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ ، وَجَبَتِ الْقِسْمَةُ ، وَمِثَالُهُ أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الْأَرْضِ مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ، فَتُجْعَلُ ^(٧٢) مِائَةً وَخَمْسِينَ سَهْمًا ، وَيُضَمَّ إِلَى الْبَيْتَرِ مَا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَإِلَى الشَّجَرَةِ مِثْلُ ذَلِكَ ، فَتَصِيرُ ثَلَاثَةَ سَهَامٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، وَفِي كُلِّ سَهْمٍ جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَتَجِبُ الْقِسْمَةُ حِينَئِذٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، وَقِيَمَةُ الْأَرْضِ أَرْبَعَمِائَةٍ ، وَجَبَتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّنَا جَعَلْنَا ثَلَاثَمِائَةٍ مِنْهَا سَهْمَيْنِ ، وَمِائَةً مَعَ الْبَيْتَرِ وَالشَّجَرَةِ سَهْمَيْنِ ، فَتَعَدَّلَتِ السَّهَامُ .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « إِقْرَارُهُ » .

(٦٣) فِي م : « فَاشْتَرَطُوا » .

(٦٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٦٧-٦٨) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٦٨-٦٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٩) فِي ب ، م : « كَبِيرَةٌ » .

(٧٠) فِي م : « فَيَجْعَلُهَا » .

ولو كانت الأرض لاثنين ، فأرادا قسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار ، وهكذا / الأرض ذات الشجر ، إذا اقتسم الشجر دون الأرض ، لم تكن قسمة إجبار . ولو اقتسماها بشجرها ، كانت قسمة إجبار ؛ لأن الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره . وإذا قسم ذلك دون الأرض ، صار أصلاً في القسمة ، ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفرداً . وكل قسمة غير واجبة ، إذا تراضيا بها ، فهي بيع ، حكمها حكم البيع .

١٨٨١ - مسألة ؛ قال : (وإذا قسم ، طرحت السهام ، فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا أن يتراضيا ، فيكون لكل واحد ما رضى به)

وجملته أن القسمة على ضربين ؛ قسمة إجبار ، وقسمة تراضي . وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد . ولا تخلو من أربعة أقسام ؛ أحدها ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية . الثاني ، أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة . الثالث ، أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية . الرابع ، أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة ^(١) . فأما الأول ، فمثل أرض بين ستة ، لكل واحد منهم ^(٢) سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ؛ لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة ، لتساوي أجزائها في القيمة ، ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز ، في ظاهر كلام أحمد ؛ فإنه قال في رواية أبي داود : إن شاء رقاعاً ، وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ، ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : أخرج خاتماً على هذا السهم . فمن خرج خاتمه فهو له ، وعلى هذا ، لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا في القرعة أن يكتب رقاعاً متساوية / بعدد السهام ، وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام ، وبين

(١) لم يرد في الأصل .

(٢) في م : « منهما » .

إخراج السَّهَمِ على الأَسْمَاءِ ، فإن أُخْرِجَ الأَسْمَاءُ على السَّهَمِ ، كَتَبَ في كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ كُلِّ^(٣) واحدٍ من الشُّرَكَاءِ ، وَتُرِكَ في بِنَادِقِ طِينٍ أو شَمْعٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقَدْرِ وَالْوِزَنِ ، وَتُرِكَ في حِجَرٍ مَنْ لَمْ يَحْضُرِ الْقِسْمَةَ ، وَيُقَالُ لَهُ : أُخْرِجَ بُنْدَقَةً على هذا السَّهْمِ . فإذا أُخْرِجَهَا كانَ ذَلِكَ السَّهْمُ لِمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ في البُنْدَقَةِ ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى على سَهْمٍ آخَرَ ، كَذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْأَخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وَإِنْ اخْتَارَ إِخْرَاجَ السَّهَمِ على الأَسْمَاءِ ، كَتَبَ في الرُّقَاعِ أَسْمَاءَ السَّهَمِ ، فَيَكْتُبُ في رُقْعَةِ الْأَوَّلِ مِمَّا يَلِي جِهَةَ كَذَا ، وَفِي أُخْرَى الثَّانِي ، حَتَّى يَكْتُبَ السَّيِّئَةَ ، ثُمَّ يُخْرِجُ الرُّقْعَةَ على واحدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ السَّهْمُ الَّذِي فِي الرُّقْعَةِ . وَيَفْعَلُ ذَلِكَ حَتَّى يَبْقَى الْأَخِيرُ ، فَيَتَعَيَّنُ لِمَنْ بَقِيَ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، أَنَّ الْبِنَادِقَ تُجْعَلُ طِينًا ، وَتُطْرَحُ في مَاءٍ ، وَيُعَيَّنُ وَاحِدٌ ، فَأَيُّ الْبِنَادِقِ انْحَلَّ الطِّينُ عَنْهَا ، وَخَرَجَتْ رُقْعَتُهَا^(٤) على الْمَاءِ ، فَهِيَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ وَمَا بَعْدَهُ ، فَإِنْ خَرَجَ اثْنَانِ مَعًا^(٥) أُعِيدَ الْإِقْرَاعُ . وَالْأَوَّلَى^(٦) أَوَّلَى وَأَسْهَلُ . الْقِسْمُ الثَّانِي : أَنْ تَكُونَ السَّهْمُ مُتَّفَقَةً وَالْقِيَمَةُ مُخْتَلِفَةً ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُعَدَّلُ بِالْقِيَمَةِ ، وَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ . وَيَفْعَلُ في إِخْرَاجِ السَّهَمِ مِثْلَ الَّذِي قَبْلَهُ سِوَاءً ، لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ التَّعْدِيلَ تَمَّ بِالسَّهَمِ ، وَهَهُنَا بِالْقِيَمَةِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ مُتَسَاوِيَةً وَالسَّهْمُ مُخْتَلِفَةً ؛ مِثْلَ أَرْضٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ ، لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وَلِلْآخِرِ سُدُسُهَا ، وَأَجْزَاؤُهَا مُتَسَاوِيَةُ الْقِيَمِ^(٧) ، فَإِنَّهَا تُجْعَلُ سِهَامًا بِقَدْرِ أَقْلُهَا ، وَهُوَ السُّدُسُ ، فَتُجْعَلُ سِتَّةُ أَسْهُمٍ ، وَتُعَدَّلُ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيَكْتُبُ ثَلَاثَ رِقَاعٍ بِأَسْمَائِهِمْ ، وَيُخْرِجُ رُقْعَةً على السَّهْمِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِصَاحِبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ / ، ثُمَّ يُخْرِجُ أُخْرَى على الثَّانِي ، فَإِنْ خَرَجَتْ^(٨) لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الثَّانِي والثَّالِثُ ، وَكَانَتِ الثَّلَاثَةُ الْبَاقِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ الثَّانِيَةُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّانِي والثَّالِثَ والرَّابِعَ ، وَكَانَ الْخَامِسُ وَالسَّادِسُ لِصَاحِبِ

ظ ٥٣/١١

(٣) في ب زيادة : « كل » .

(٤) في ب : « برقعتهما » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) في م : « والأول » .

(٧) في م : « القيمة » .

(٨) سقط من : م .

الثُلُث ، وإن خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ الْأُولَى لصاحبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّلَاثَةَ الْأَوَّلَ ، وَخَرَجَ
الثَّانِيَةُ عَلَى الرَّابِعِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لصاحبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَهُ وَالَّذِي يَلِيهِ ، وَكَانَ السَّادِسُ
لصاحبِ السُّدُسِ ، فَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لصاحبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ الْآخِرُ
الْخَامِسَ وَالسَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الْأُولَى لصاحبِ الثُّلُثِ ، أَخَذَ الْأَوَّلَ وَالثَّانِي ، ثُمَّ يُخْرَجُ
الثَّانِيَةُ عَلَى الثَّلَاثِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لصاحبِ النِّصْفِ ، أَخَذَ الثَّلَاثَ وَالرَّابِعَ وَالْخَامِسَ ، وَأَخَذَ
الْآخِرُ السَّادِسَ ، وَإِنْ خَرَجَتِ الثَّانِيَةُ لصاحبِ السُّدُسِ ، أَخَذَهُ ، وَأَخَذَ صَاحِبُ
النِّصْفِ مَا بَقِيَ . وَقِيلَ : تُكْتَبُ سِتُّ رِقَاعَ ، بِاسْمِ صَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَ ، وَبِاسْمِ
صَاحِبِ الثُّلُثِ اثْنَتَانِ ، وَبِاسْمِ صَاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدَةٌ . وَهَذَا الْفَائِدَةُ فِيهِ : فَإِنَّ الْمَقْصُودَ
خُرُوجَ اسْمِ صَاحِبِ النِّصْفِ ، وَإِذَا كَتَبَ ثَلَاثَ رِقَاعَ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَأُغْنَى . وَلَا يَصَحُّ
أَنْ يَكْتُبَ رِقَاعًا بِأَسْمَاءِ السُّهُامِ ، وَيُخْرِجَهَا عَلَى أَسْمَاءِ الْمَلَائِكِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُخْرِجَ وَاحِدَةٌ فِيهَا
السُّهُمُ الثَّانِي لَصَاحِبِ السُّدُسِ ، ثُمَّ أُخْرِجَ أُخْرَى لَصَاحِبِ النِّصْفِ أَوْ الثُّلُثِ فِيهِمَا السُّهُمُ
الْأَوَّلُ ، اِحْتِيَاجُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مُتَفَرِّقًا ، فَيَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، إِذَا اخْتَلَفَتْ
السُّهُامُ وَالْقِيَمَةُ ، فَإِنَّ الْقَاسِمَ يُعَدِّلُ السُّهُامَ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَجْعَلُهَا سِتَّةَ أَشْهُمٍ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمِ ،
ثُمَّ يُخْرِجُ الرِّقَاعَ فِيهَا الْأَسْمَاءَ عَلَى السُّهُامِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْقِسْمِ الثَّلَاثِ سَوَاءً ، لَا فَضْلَ
بَيْنَهُمَا ، إِلَّا أَنْ التَّعْدِيلَ هُنَا بِالْقِيَمِ ، وَفِي التِّي قَبْلَهَا بِالْمِسَاحَةِ . وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّانِي ، وَهُوَ
قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ التِّي فِيهَا رَدٌّ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعْدِيلُ السُّهُامِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ / مَعَ بَعْضِهَا عَوْضٌ ،
فَهَذِهِ لَا إِجْبَارَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَا لَا تَجِبُ
قِسْمَتُهُ ، كَالذَّارَيْنِ تُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سَهْمًا ، وَمَا يَدْخُلُ الضَّرْرُ عَلَيْهِمَا بِقِسْمَتِهِ ،
وَأَشْبَاهُ هَذَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْهُ صُورًا فِيمَا تَقَدَّمَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ تَلْزَمُ
بِإِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّ قُرْعَةَ قَاسِمِ الْحَاكِمِ بِمَنْزِلَةِ حُكْمِهِ ، فَيَلْزَمُ بِإِخْرَاجِهَا كَلْزَوْمِ حُكْمِ
الْحَاكِمِ . وَأَمَّا قِسْمَةُ التَّرَاضِيِ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَلْزَمُهُ أَيْضًا ، كَقِسْمَةِ
الْإِجْبَارِ ؛ لِأَنَّ الْقَاسِمَ كَالْحَاكِمِ ، وَقُرْعَتُهُ كَحُكْمِهِ . وَالثَّانِي ، لَا تَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ ، وَالبَيْعُ
^(٩) لَا يَلْزَمُ إِلَّا ^(٩) بِالتَّرَاضِيِ ، لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ هُنَا لِتَعْرِيفِ ^(١٠) الْبَائِعِ مِنْ

٥٤/١١ و

(٩-٩) في م : « يلزم » .

(١٠) في م : « لتعرف » .

المُشْتَرَى ، فَأَمَّا إِنْ تَرَضِيَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَاحِدًا مِنَ السَّهْمَيْنِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، وَلَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَاخْتَارَ ، وَيَلْزَمُ هَهُنَا بِالْتَرَضِي وَتَفَرُّقِهِمَا ، كَمَا يَلْزَمُ الْبَيْعُ .

فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما ، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسمًا يقسم لهما ، وأن ينصبا قاسمًا يقسم لهما ، فإن نصب الحاكم قاسمًا لهما ، فمن شرطه العدالة ، ومعرفة الحساب ^(١١) ، والقسمة ، ليوصل إلى كل ذي حق حقه . وهذا قول الشافعي ، إلا أنه يشترط كونه ^(١٢) حُرًا . وإن نصبا قاسمًا بينهما ، فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة ، فهو كقاسم الحاكم ، في لزوم قسمته بالقرعة ، وإن كان كافرًا ، أو فاسقًا ، أو غير عارف بالقسمة ، لم تلزم قسمته إلا بتراضييهما بها ، ويكون وجوده كعدمه ، فيما يرجع إلى لزوم القسمة . ويجزئ قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم ، فإن احتاج القسم إلى التقويم ^(١٣) ، احتاج إلى قاسمين ؛ / لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين ، ولا يكفي في التقويم واحد . فمتى نصبا قاسمًا أو نصبه الحاكم ، وكانت الشروط فيه متحققة ، لزمت القسمة بقرعته . وإن اختل فيه بعض الشروط ، لم تلزم القسمة إلا بتراضييهما ؛ لأن وجوده وعدمه واحد . وإن قسما بأنفسهما ، وأقرعا ، لم تلزم ^(١٤) القسمة إلا بتراضييهما بعد القرعة ؛ لأنه لا حاكم بينهما ، ولا من يقوم مقامه .

فصل : وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال ؛ لأن هذا من المصالح ، وقد روي أن عليًا ، رضي الله عنه ، اتخذ قاسمًا ، وجعل له رزقًا من بيت المال ^(١٥) . فإن لم يرزقه الإمام ، قال الحاكم للمتقاسمين ^(١٦) : اذفعا إلى القاسم أجره ليقسم بينكما . فإن

(١١) في م زيادة : « والقيمة » .

(١٢) في الأصل : « أن يكون » .

(١٣) في الأصل : « تقويم » .

(١٤) في ب ، م : « تلزمه » .

(١٥) انظر : ما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أجر القسام ، من كتاب آداب القاضي . السنن الكبرى

١٣٢/١٠ ، ١٣٣ .

(١٦) لم يرد في : الأصل .

استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليُقسَم نصيبه ، جاز ، وإن استأجره جميعاً إجارة واحدة ليُقسَم بينهم الدار بأجر واحد معلوم ، لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المَقسوم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عدد رؤوسهم ؛ لأنَّ عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر ، سواء تساوت سيئاتهم أو اختلفت ، فإن^(١٧) الأجر بينهم سواء . ولنا ، أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملاك ، كنفقة العبد ، وما ذكره^(١٨) لا يصح ؛ لأنَّ العمل في أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المَقسوم لو كان مكيلاً أو موزوناً ، كان كيل الكثير أكثر عملاً من كيل القليل ، وكذلك الوزن والزرع ، وعلى أنه يَطلُّ بالحافظ ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال .

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على الطالب للقسمة ؛ لأنها حق له . ولنا ، أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء ، وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما / ، كما لو تراضوا عليها .

فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً في القسمة ، وأنه أعطى دون حقه ؛ نظرت ، فإن كانت قسمة تلزم بالقرعة ، ولا تقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين ، نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بينة ، وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه ، أحلف له . وإثماً قد مناقول المدعى عليه ؛ لأنَّ الظاهر صحة القسمة ، وأداء الأمانة فيها . وإن كانت ممّا لا تلزم إلا بالتراضي ، كالذي قسماه بأنفسيهما ونحوها^(١٩) ، لم تُسمع دعوى من ادعى الغلط . هكذا قال أصحابنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه قد رضى بذلك ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط ، نقضت القسمة ؛ لأنَّ ما ادعاه مُحتمل ، ثبت ببينة عادلة ،

(١٧) في ب ، م : « فكان » .

(١٨) في م : « ذكره » .

(١٩) في ب ، م : « ونحوه » .

فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَشْهَدَ^(٢٠) عَلَى نَفْسِهِ بِقَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُسْلَمِ فِيهِ ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا فِي كَيْلِهِ أَوْ وَزْنِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ حَقَّ مِنَ الزِّيَادَةِ سَقَطَ بِرِضَاهُ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْقُطُ مَعَ عِلْمِهِ ، أَمَّا إِذَا ظَنَّ أَنَّهُ أُعْطِيَ حَقَّهُ فَرَضِيَّ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، ثُمَّ بَانَ لَهُ الْغَلَطُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّهُ ، كَالثَّمَنِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَبَضَ الْمُسْلَمُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ مَكَايِيلَ ، رَاضِيًا بِذَلِكَ ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ ثَمَانِيَّةٌ ، أَوْ ادَّعَى الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ أَنَّهُ غَلَطَ ، فَأَعْطَاهُ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَثَبَتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالرَّضَى بِهِ^(٢١) ، وَلَا يَمْتَنِعُ^(٢٢) سَمَاعُ دَعْوَاهُ وَبَيِّنَتِهِ ، وَلَئِنْ مُدَّعَى عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ أَقَرَّ بِالْغَلَطِ ، لَنَقُضَتِ الْقِسْمَةُ ، وَلَوْ سَقَطَ حَقُّ الْمُدَّعَى بِالرَّضَى ، لَمَا نُقِضَتِ الْقِسْمَةُ بِإِقْرَارِهِ ، كَمَا لَوْ وَهَبَهُ الزَّائِدُ ، وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا وَغَيْرُهُمْ فِي مَنْ بَاعَ دَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَذْرُعَ ، فَبَاءَتْ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، وَالنَّقْصُ عَلَيْهِ . وَالْبَيْعُ إِنَّمَا يُلْزَمُ بِالْتَّرَاضِي ، فَلَوْ كَانَ / ٥٥/١١ ظ

الْتَّرَاضِي يُسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الزِّيَادَةِ ، لَسَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الزِّيَادَةِ ، وَحَقُّ الْمُشْتَرِي مِنَ النَّقْصِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَئِنْ مَنْ رَضِيَ بِشَيْءٍ بِنَاءً عَلَى ظَنِّ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، لَمْ يَسْقُطْ بِهِ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمَا شَيْئًا ، وَتَرَاضِيَا بِهِ^(٢٣) ، ثُمَّ بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا تُعْطَى الْمَظْلُومُ حَقُّهُ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، وَلَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ ، كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ الْغَلَطُ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ الْمُسْلَمِ فِيهِ . قُلْنَا : لِأَنَّ الْغَلَطَ هَهُنَا فِي نَفْسِ الْقِسْمَةِ ، بِتَفْوِيتِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِهَا ، وَهُوَ تَعْدِيلُ السَّهَامِ ، فَتَبْطُلُ لِفَوَاتِ شَرْطِهَا ، وَفِي الْمُسْلَمِ^(٢٤) وَالثَّمَنِ الْغَلَطُ فِي الْقَبْضِ دُونَ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَلَا يُؤْثِّرُ الْغَلَطُ فِي قَبْضِ عَوَضِهِ فِي صِحَّتِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : إذا اقتسم^(٢٥) الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً ؛ نظرت ، فإن كان

(٢٠) في ب ، م : « شهد » .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في م : « يمنع » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب : « السلم » .

(٢٥) في الأصل : « قسم » .

مُعَيَّنًا فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَبْطُلُ ، بَلْ يُخَيَّرُ مَنْ ظَهَرَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ ، كَالْوَجَدِ عَيْنًا فِيمَا أَخَذَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا قِسْمَةٌ لَمْ تُعْدَلْ فِيهَا السَّهَامُ ، فَكَانَتْ بَاطِلَةً ، كَالْوَفَعْلَا ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِمَا بِالْحَالِ . وَأَمَّا إِذَا بَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَعِيًّا ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُمْنَعَ الْمَسْأَلَةُ ، فنَقُولُ بِبُطْلَانِ الْقِسْمَةِ ؛ لِعَدَمِ التَّعْدِيلِ بِالْقِيَمَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّ الْعَيْبَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي الْبُطْلَانِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْمُسْتَحَقِّ قَدْرُ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقِّ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، وَقَدْ أَفْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَرَرُ الْمُسْتَحَقِّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ ، مِثْلَ أَنْ يَسُدَّ طَرِيقَهُ ، أَوْ مَجَرَى مَائِهِ ، أَوْ وَضُوئِهِ ، أَوْ نَحْوِ هَذَا ، فَتَبْطُلُ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَمْنَعُ التَّعْدِيلَ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ، بَطَلَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ / الْمُسْتَحَقُّ مُشَاعًا فِي نَصِيبِهِمَا^(٢٦) ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ^(٢٧) شَرِيكُهُمَا وَقَدْ اقْتَسَمَا مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِ وَلَا إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ لهُمَا شَرِيكٌ يَعْلَمَانِهِ ، فَاقْتَسَمَا دُونَهُ . وَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الْمُسْتَحَقَّ حَالَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْوَلَمِ يَعْلَمَاهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٥٦/١١ و

فصل : وَإِذَا ظَهَرَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا عَيْبٌ لَمْ يَعْلَمْهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، فَلَهُ فَسْخُ الْقِسْمَةِ أَوْ الرُّجُوعُ بَارِشِ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ فِي نَصِيبِهِ ، فَمِلَكَ ذَلِكَ ، كَالْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ التَّعْدِيلَ فِيهَا شَرْطٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارَيْنِ ، فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا ، وَبَنَى فِيهَا ، أَوْ اقْتَسَمَا أَرْضَيْنِ ، فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ أَوْ غَرَسَ ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ ، وَنُقِضَ بِنَاؤُهُ ، وَقُلِعَ^(٢٨)

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : نَصْفِيهِمَا .

(٢٧) فِي م : ٥ : الثَّلَاثُ .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : ٥ : وَقَطَعَ .

غَرَسُهُ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ . ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ ^(٢٩) أَبُو جَعْفَرٍ ^(٢٩) ، وَحَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ^(٣٠) ؛ لِأَنَّهُ بَنَى وَغَرَسَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِنَقْصِ ذَلِكَ عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى فِي مِلْكِ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ ؛ فَإِنَّ الدَّارَيْنِ لَا يُقَسِّمَانِ قِسْمَةَ إِجْبَارٍ عَلَى أَنْ تَكُونَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، وَإِنَّمَا يُقَسِّمَانِ كَذَلِكَ بِالتَّرَاضِي ، فَتَكُونُ جَارِيَةً مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَلَوْ بَاعَهُ الدَّارَ جَمِيعَهَا ، ثُمَّ بَانَتْ مُسْتَحَقَّةٌ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ كُلِّهِ ، فَإِذَا بَاعَهُ نِصْفَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِهِ ، وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِي كُلِّ قِسْمَةٍ جَارِيَةٍ مَجْرَى الْبَيْعِ ، وَهِيَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي ، كَالَّذِي ^(٣١) فِيهِ رَدُّ عَوْضٍ ، وَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَتِهِ لِضَرَرٍ فِيهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . فَأَمَّا قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ ، إِذَا ظَهَرَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا بَعْدَ الْبِنَاءِ وَالْغَرَسِ فِيهِ ، فَتُقْضَى الْبِنَاءُ ، وَقُلِعَ الْغَرَسُ ، فَإِنْ قُلْنَا : الْقِسْمَةُ بَيْعٌ . فَالْحُكْمُ / فِيهَا كَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ بَيْعًا . لَمْ يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّ شَرِيكَهُ لَمْ يُغْرِهِ ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ ^(٣٢) إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ بَيْعٌ ، وَإِنَّمَا أَفْرَزَ حَقَّهُ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ لَهُ مَا غَرِمَ فِيهِ . هَذَا الَّذِي يَقْتَضِيهِ قَوْلُ أَصْحَابِنَا .

فصل : وَإِذَا اقْتَسَمَ الْوَرَثَةُ تَرَكَةَ الْمَيِّتِ ، ثُمَّ بَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا وِفَاءَ لَهُ إِلَّا مِمَّا اقْتَسَمُوهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فِيهَا ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا بِغَيْرِ رِضَاهُمْ ، فَاشْتَبَهَ تَعَلُّقَ دَيْنِ الْجَنَائِيَةِ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ، وَيُفَارِقُ الرَّهْنَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ ^(٣٣) بِهِ بِرِضَى مَالِكِهِ وَاخْتِيَارِهِ . فَعَلَى هَذَا يُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ شِئْتُمْ وَفَيْتُمُ الدَّيْنَ وَالْقِسْمَةَ بِحَالِهَا ، وَإِنْ أُبَيِّتُمْ ^(٣٤) تُقْضَى الْقِسْمَةُ وَيَبْعَتِ التَّرَكَةُ فِي الدَّيْنِ . فَإِنْ أَجَابَ أَحَدُهُمْ ، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ ، يَبْعُ نَصِيبُ الْمُتَمَنِّعِ وَحْدَهُ ، وَيَقَى نَصِيبُ الْمُجِيبِ بِحَالِهِ . وَإِنْ كَانَتْ ^(٣٥) ثُمَّ وَصِيَّةٌ

(٢٩-٢٩) لم يرد في الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في م : « الذي » .

(٣٢) في ب ، م : « ينقل » .

(٣٣) في ب ، م : « يتعلق » .

(٣٤) في ب ، م : « شتم » .

(٣٥) في ب ، م : « كان » .

بجزءٍ من المَقْسوم ، فالحكمُ فيه كمالو^(٣٦) ظهر مُستَحَقًّا ، على ما مرَّ من التَّفصيل فيه ؛
لأنَّه يُستَحَقُّ أخذه . وإن كانتِ الوَصِيَّةُ بمالٍ غيرِ مُعَيَّن ، مثل أن يُوصَى بِمِائَةِ دِينَارٍ ،
فَحُكْمُهَا حُكْمُ الدَّيْنِ ، على ما بيَّنَّا .

فصل : وإذا طلب أحدُ الشَّرِيكَيْنِ من الآخرِ المُهَيَّاءَ من غيرِ قِسْمَةٍ ، إمَّا في الأجزاءِ
بأن يجعلَ لأحدهما بعضَ الدَّارِ يسكنُها ، أو بعضَ الحَقْلِ يزرعُه ، ويسكنَ الآخرُ ،
ويزرعُ في الباقي^(٣٧) ، أو يسكنَ أحدهما ، ويزرعُ سنةً ، ويسكنَ الآخرُ ، ويزرعُ سنةً
أُخرى ، لم يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ منهما . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةً ، ومالكٌ : يُجْبَرُ ؛
لأنَّ في الامْتِناعِ منه ضررًا ، فينتَفِي بقوله عليه السلامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٣٨) .
ووافقنا أبو حنيفةً في العَبِيدِ خاصَّةً ، على أنَّه لا يُجْبَرُ على المُهَيَّاءِ . ولنا ، أنَّ المُهَيَّاءَ
مُعَاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها كالْبَيْعِ ، ولأنَّ حَقَّ كُلِّ واحدٍ من^(٣٩) الْمَنْفَعَةِ عاجِلٌ ، فلا يجوزُ
تأخيرُه بغيرِ رضاهُ ، كالَّذَيْنِ ، وكما في العَبِيدِ^(٤٠) عندَ أبي حنيفةً ، ويُخَالِفُ قِسْمَةَ الْأَصْلِ ،
فإنَّه إِفْرَازُ النَّصِيبَيْنِ^(٤١) ، / وَتُمْيِيزُ أَحَدِ الْحَقَّيْنِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّهما إن^(٤٢) اتَّفَقَا على
المُهَيَّاءِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فجازَ فيه ما تراضيا عليه ، كَقِسْمَةِ التَّرَاضِي ، ولا يَلْزَمُ ، بل
متى رَجَعَ أَحدهما عنها ، انْتَقَضَتِ المُهَيَّاءُ . ولو طَلَبَ أَحدهما القِسْمَةَ ، كان له ذلك ،
وانْتَقَضَتِ المُهَيَّاءُ . ووافقَ أبو حنيفةً وأصحابُه في انتِقاضِها بَطَلَبِ القِسْمَةِ . وقال
مالكٌ : تَلْزَمُ المُهَيَّاءُ ؛ لأنَّه يُجْبَرُ عليها عنده ، فَلَزِمَتْ ، كَقِسْمَةِ الْأَصْلِ . ولنا ، أنَّه
بَذَلُ مَنَافِعَ لِيَأْخُذَ مَنَافِعَ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، فلم يَلْزَمْ ، كَالوَاعَاةِ شَيْئًا لِيُعِيرَهُ شَيْئًا آخَرَ إذا
احتَاجَ إليه ، وفارَقَ القِسْمَةَ ، فإنَّها إِفْرَازُ^(٤٣) حَقٍّ ، على ما ذكرناه .

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) في الأصل : « الثاني » .

(٣٨) في م : « ضرار » . وتقدم تخريجُه ، في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في ب ، م : « في » .

(٤٠) (٤٠-٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) في م : « إذا » .

(٤٢) في الأصل : « إقرار » .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا ، وَحَصَلَ لِبَعْضِهِمْ فِيهَا زِيَادَةُ أَذْرُعَ ، وَلِبَعْضِهِمْ نُقْصَانٌ ، ثُمَّ بَاعُوا الدَّارَ جُمْلَةً وَاحِدَةً : قُسِمَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ . يَعْنِي أَنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمْ فِيهَا ، وَهَذَا مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّ زِيَادَةَ أَحَدِهِمَا فِي الْأَذْرُعِ كزِيَادَةِ^(٤٣) مِلْكِهِ فِيهَا . مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا الْخُمْسَانِ ، فَيَحْصُلُ لَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ ، فَيَحْصُلُ لَهُ سِتُّونَ ، فَإِنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا فِي الدَّارِ ،^(٤٤) فَأَمَّا إِنْ^(٤٥) كَانَتْ زِيَادَةُ الْأَذْرُعِ لِرَدَاءَةِ مَا أَخَذَهُ صَاحِبُهَا ، مِثْلُ دَارٍ تَكُونُ^(٤٥) بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنْ جِيدِهَا أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا ، وَأَخَذَ الْآخَرُ مِنْ رَدِيئِهَا سِتِينَ ذِرَاعًا ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَسَّمَ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ الْأَذْرُعِ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ السِّتِينَ هُنَا مَعْدُولَةٌ بِالْأَرْبَعِينَ ، فَكَذَلِكَ يُعَدَّلُ بِهَا^(٤٦) فِي الثَّمَنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا كَانَتْ أَرْبَعَةُ سَطُوحَ ، يَجْرِي عَلَيْهَا الْمَاءُ ، فَلَمَّا اقْتَسَمُوا أَرَادَ أَحَدُهُمْ مَنَعَ جَرِيَانِ مَاءِ الْآخَرِ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ قَدْ صَارَ لِي . قَالَ : إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرْطٌ أَنَّهُ يَرُدُّ الْمَاءَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ . وَوَجْهُهُ أَنََّّهُمْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ وَأَطْلَقُوا ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَمْلِكَ / كُلُّ وَاحِدٍ حِصَّتَهُ بِحَقِّهَا ، وَكَأَلَوْ اشْتَرَاهَا بِحَقِّهَا ، وَمِنْ حَقِّهَا جَرِيَانِ مَائِهَا فِي مَاءٍ كَانَ يَجْرِي إِلَيْهِ مُعْتَادًا لَهُ ، وَهُوَ عَلَى سَطْحِ الْمَانِعِ ، فَلِهَذَا اسْتَحَقَّهُ حَالَةَ الْإِطْلَاقِ ، فَإِنْ تَشَارَطَا عَلَى رَدِّهِ ، فَالْشَّرْطُ أَمْلَكَ ، وَالْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا اقْتَسَمَا دَارًا ، فَحَصَلَتْ^(٤٧) الطَّرِيقُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَكَانَ لِلنَّصِيبِ الْآخَرِ مَنْفَذٌ يَتَطَرَّقُ مِنْهُ ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَقْتَضِي التَّعْدِيلَ ، وَالنَّصِيبُ الَّذِي لَا طَرِيقَ لَهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ إِلَّا قِيَمَةٌ قَلِيلَةٌ ، فَلَا يَحْصُلُ التَّعْدِيلُ ، وَلِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْإِجْبَارِ عَلَى الْقِسْمَةِ ، أَنْ يَكُونَ مَا يَأْخُذُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُمَكِّنُ الِاتِّفَاعُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ آخِذُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَهُ رَاضِيًا بِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لَهُ ،

ظ ٥٧/١١

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « زِيَادَةُ » .

(٤٤ - ٤٥) فِي ب ، م : « فَإِنْ » .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِيهَا » .

(٤٧) فِي ب ، م : « فَحَصَلَ » .

جَازَ ؛ لَأَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي يَبِيعُ ، وَشَرَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ جَائِزٌ ، وَقِيَاسُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ ، أَنَّ الطَّرِيقَ تَبْقَى بِحَالِهَا فِي نَصِيبِ الْآخَرِ ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ صَرْفُهَا عَنْهُ ، كَمَجْرَى الْمَاءِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال : ولِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ قِسْمَةٌ مَالِ الصَّغِيرِ مَعَ شَرِيكِهِ ؛ لَأَنَّ الْقِسْمَةَ إِذَا إِفْرَازَ^(٤٨) حَقٌّ ، أَوْ يَبِيعُ ، وَكِلَاهُمَا جَائِزٌ لِهَما ، وَلَأَنَّ فِي الْقِسْمَةِ مَصْلَحَةً لِلصَّبِيِّ ، فَجَازَتْ ، كَالشِّرَاءِ لَهُ ، وَيَجُوزُ لِهَما قِسْمَةُ التَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ فِي الْعَوْضِ ؛ لَأَنَّ فِيهِ دَفْعًا لَضَرَرِ الشَّرْكَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ لَضَرَرَ الْحَاجَةَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ ، أَوْ الْحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ وَلَايَةُ الْقَضَاءِ إِلَّا بِتَوَلِّيَةِ الْإِمَامِ ، أَوْ مَنْ فَوَّضَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ ذَلِكَ^(٤٩) ، فَإِنْ كَانَ مَنْ وَلَّاهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، فَهَلْ تَصِحُّ وَلَايَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيَلْزَمُ الْإِمَامُ أَنْ يَخْتَارَ لِلْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ أَفْضَلَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَهُمْ . وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي تَنْعَقِدُ بِهَا الْوَلَايَةُ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ، الصَّرِيحَةُ سَبْعَةُ أَلْفَاظٍ ؛ وَهِيَ^(٥٠) : قَدْ وَلَّيْتُكَ الْحُكْمَ ، وَقُلْدْتُكَ ، وَاسْتَنْبَيْتُكَ ، وَاسْتَخْلَفْتُكَ ، وَرَدَدْتُ إِلَيْكَ الْحُكْمَ ، وَقَوَّضْتُ إِلَيْكَ ، وَجَعَلْتُ إِلَيْكَ . فَإِذَا وَجَدَ أَحَدُ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ مِنَ الْمُؤَلَّى ، وَجَوَّابُهَا مِنَ الْمُؤَلَّى بِالْقَبُولِ ، / انْعَقَدَتِ الْوَلَايَةُ . وَأَمَّا الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ أَرْبَعَةُ أَلْفَاظٍ : قَدْ اعْتَمَدْتُ عَلَيْكَ ، وَعَوَّلْتُ عَلَيْكَ ، وَوَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَأَسْنَدْتُ إِلَيْكَ . فَلَا تَنْعَقِدُ الْوَلَايَةُ بِهَا حَتَّى تَقْتَرَنَ بِهَا قَرِينَةٌ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : فَاحْكُمْ فِيمَا وَكَّلْتُ إِلَيْكَ ، وَانْظُرْ فِيمَا أَسْنَدْتُ إِلَيْكَ ، وَتَوَلَّ مَا عَوَّلْتُ فِيهِ^(٥١) عَلَيْكَ . وَإِذَا صَحَّحَتِ الْوَلَايَةُ ، وَكَانَتْ عَامَّةً ، اسْتِفَادَ بِهَا النَّظَرُ فِي عَشْرَةِ أَشْيَاءَ : فَصْلُ الْخُصُومَاتِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِمَّنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ ، وَدَفْعُهُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ ، وَالنَّظَرُ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى وَالْمَجَانِينِ ، وَالْحَجَرُ عَلَى مَنْ يَرَى الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ^(٥٢) أَوْ فَلَسٍ ، وَالنَّظَرُ فِي الْوُقُوفِ ، فِي عَمَلِهِ فِي حِفْظِ أُصُولِهَا ، وَإِجْرَاءِ فُرُوعِهَا عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ، وَتَرْوِيجُ الْأَيَّامِ اللَّائِي لَا أَوْلِيَاءَ لَهُنَّ ، وَإِقَامَةُ الْحُدُودِ ، وَالنَّظَرُ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِي عَمَلِهِ بِكَيْفِ الْأَذَى عَنْ طُرُقَاتِ

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « إِفْرَار » .

(٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « بَسَفِهِ » .

المُسْلِمِينَ ، وَأَفْنَيْتَهُمْ ، وَتَصَفَّحُ حَالِ شُهُودِهِ وَأَمَنَائِهِ ، وَالاسْتِئْذَانُ بِمَنْ ثَبَتَ جَرْحُهُ مِنْهُمْ ، وَالْإِمَامَةُ فِي صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ . وَفِي جَبَايَةِ الْخَرَاجِ ، وَأَخَذِ الصَّدَقَةِ وَجْهَانِ .

فصل : (٥٢) وَيُوصِي الْوُكَلَاءَ وَالْأَعْوَانَ (٥٣) عَلَى بَابِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَالرَّفْقِ بِالْخُصُومِ ، وَقَلَّةِ الطَّمَعِ ، وَيَجْتَهِدُ أَنْ لَا (٥٤) يَكُونُوا إِلَّا (٥٤) شِوْخًا أَوْ كُهُولًا مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالصِّيَانَةِ وَالْعِفَّةِ .

فصل : قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : يُكْرَهُ لِلْقَاضِي أَنْ يُفْتِيَ فِي الْأَحْكَامِ . كَانَ شُرَيْحٌ يَقُولُ : أَنَا أَقْضِي وَلَا أُفْتِي . وَأَمَّا الْفُتْيَا فِي الطَّهَارَةِ وَسَائِرِ مَا لَا يُحْكَمُ فِي مِثْلِهِ ، فَلَا بَأْسَ بِالْفُتْيَا فِيهِ (٥٥) .

(٥٢) فِي ب ، زِيَادَةٌ : « قَالَ » .

(٥٣) فِي ب ، م : « وَالْأَعْيَانِ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٥٥) جَاءَ بَعْدَ هَذَا فِي م : بَابُ الْحِضَانَةِ . وَلَمْ يَرِدْ فِي سَائِرِ الْمَخْطُوطَاتِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا فِيهِ فِي : بَابِ مَنْ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ ، فِي ٤١٢/١١ - ٤٣٣ . وَبَعْدَ الْبَحْثِ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الْبَابَ فِي م مَنْقُولٌ مِنَ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ ٢٣٢/٥ - ٢٤١ . فَرَاغَهُ